Der Gegenstand des Kaufes und der Schenkung.

Inaugural-Dissertation

welche

nebst beigefügten Thesen

mit Genehmigung

der Hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität Breslau

am Montag, den 4. Juli 1904, Vormittags 10¼ Uhr

in der

Aula Leopoldina der Universität

öffentlich verteidigen wird

Erwin Froehlich,

Referendar.

AGAD. LUBRAT. BIBL.

Opponenten:

Referendar **Dr. Ernst Beuthner** aus Breslau
Referendar **Dr. Kurt Roth** aus Breslau.

Gleiwitz 1904.
Buchdruckerei August Hardtke.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung:

§ 1. Kauf und Schenkung nach römischem und heutigem Recht. Seite 1.

§ 2. Abgrenzung des Themas. „ 3.

B. Abhandlung.

Gegenstand der Schenkung und des Kaufes:

§ 3. a) Im allgemeinen. „ 5.

b) Im Besonderen.

I. Einzelne Vermögensgegenstände.

1. Das Eigentumsrecht an einzelnen Vermögensgegenständen.

§ 4. Allgemeines. „ 8.

§ 5. Die res extra commercium. „ 9.

§ 6. Das Geld. „ 11.

§ 7. Die Gattung. „ 15.

2. Die sonstigen dinglichen Rechte an Sachen:

§ 8. Allgemeines. „ 20.

§ 9. Superficies und Emphyteusis. „ 21.

§ 10. Die persönlichen Nutzungsrechte an fremden Sachen. „ 23.

§ 11. Die Prädialservituten und Reallasten. „ 27.

Anhang:

§ 12. Die Urheberrechte „ 28.

§ 13. 3. Die obligatorischen Rechte „ 31.

II. Vermögensinbegriffe. „ 36.

§ 14. Vermögen und Erbschaft. „ 37.

§ 15. III. Nicht eigene Gegenstände des Veräußerers; der Besitz. „ 42.

§ 16. IV. Hoffnung. „ 47.

V. Die sonstigen Gegenstände der Schenkung. „ 50.

§ 17. Miete, Leihe, Darlehn. „ 51.

§ 18. Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag, Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag. „ 53.

§ 19. Bürgschaft und Pfandbestellung. „ 56.

Litteraturverzeichnis.

Anthes, in Linde's Zeitschrift, N. F. Bd. 18 S. 216 fg.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 14. Auflage.

Bähr, im Archiv für Bürgerliches Recht, Band II.

Bechmann, System des Kaufes.

Becker, Rechtliche Natur des Geldwechselns. Dissert. Erlangen 1902.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts.

„ , in Bekker und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 5, 350.

Berndorff, die Gattungsschuld, 1900.

v. Blume, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 34.

Böhm, Das Erbrecht des B. G. B. 2. Afl.

Braun, Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung. Dissert. Erlangen 1896.

Brinz, Pandekten, 2 Afl.

Burckhard, Zum Begriff der Schenkung.

„ , Schenkungsannahme

Cocceji, Jus civile controversum, 3. Afl., 1753.

Cosack, Deutsches bürgerliches Recht, 2. Afl.

„ , Handelsrecht, 5. Afl.

Dahn, Bausteine, 5. Reihe 2. Schicht.

„ , in Kritischen Viertels-Jahr Schrift Bd. 20.

Degenkolb, Platzrecht und Miete, 1867.

Dernburg, Pandekten, 6. Auflage.

„ , Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 5. Afl.

„ , Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs.

Dernburg (der Ältere), in Linde's Zeitschrift, N. F. Bd. 2 No. 2.

Eck, Vorträge über das Recht des B. G. B. 1903.

Eisele, im Archiv für civil. Praxis Bd. 65.

Elvers, Römische Servitutenlehre, 1856.

Elvers, in Themis, Bd. 1 (Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, 1828).

F. Endemann, Die Lehre von der emtio speratae und emtio spei, 1885 (Sonderabdruck).

„ , Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Afl.

Ennecerus-Lehmann, Bürgerliches Recht, 2. Afl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Fick, Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 8 und 9.

Fischer-Henle, B. G. B. Handausgabe mit Anmerkungen, 3. Afl.

Flesch, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 19.

Förster, Preußisches Privatrecht, 3. Afl.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Afl.

Freundt, Die rechtliche Natur des Geldwechslergeschäftes, Dissert. Tübingen 1890.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 (1895).
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten.
Göppert, Archiv für civil. Praxis, Bd. 49.
Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 19.
Haase, in Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 249.
Hartmann, Der rechtliche Begriff des Geldes, 1868.
Haver, Die Gattungsschuld, (Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, Heft XI).
Heyer, in Lindes Zeitschrift, N. F. Bd. 15.
Hofmann, Ueber das Perikulum beim Kauf, 1870.
Horn, Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach B. G. B., Dissert. Erlangen 1899.
Jhering, in Jherings Jahrbüchern Bd. 4 S. 366.
Jörs, in Birkmeyers Encyklopädie.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, 1 (1901).
Keller-Wach, Der römische Civilprozeß, 6. Afl.
Kohler, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 18.
Laband, Archiv für civil. Praxis, Bd. 73.
R. Leonhard, Artikel „donatio“ in Pauly-Wissowas Encyklopädie.
Marezoll, in Lindes Zeitschrift, Bd. I S. 1.
Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht.
Motive zum Entwurf eines B. G. B.
Mühlenbruch, Pandekten.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, desgl. 1. und 2. Afl.
Protokolle zum Entwurf eines B. G. B. 1. Lesung.
Puchta, Institutionen, 10. Aufl.
„ , Vorlesungen über das heutige römische Recht, 6, Afl.
Randa, Der Besitz, 4. Aufl.
Reatz, Gutachten aus dem Anwaltstande über den Entwurf eines B. G. B. Heft 3.
Regelsberger, Archiv für civil. Praxis, Bd. 49, S. 183 fg.
„ , Pandekten.
„ , Kritische Viertels-Jahrschrift Bd. 13.
Rießer, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 20 (N. F. Bd. 8).
Rudorff, in Richters und Schneiders Jahrb. für deutsche Rechtswissenschaft Bd. 15, (1844)
v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts, Bd. 4.
Schilling, Institutionen und Geschichte des römischen Rechts, Bd. 3.
Schmitz, Beiträge zur Lehre vom Genuskaufe, Dissert. Göttingen 1894
Schmied, im Archiv für civil. Praxis Bd. 44.
Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
I. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sintenis, das gemeine deutsche Civilrecht, 2. Afl.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, 1897.
Stintzig, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 10.
Strohal, Sachbesitz nach B. G. B.
Stolte, der Begriff der Schenkung nach deutschem Recht, Dissert. Straßburg 1900.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 2. Aufl.
Treitschke, Der Kaufkontrakt, 1838.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Afl.
Unterholzner, Die Lehre von den Schuldverhältnissen, 1840.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 1840.
Voet, Commentarius ad Pandectas 1769,
C. G. Wächter, Das Superfiziar- oder Platzrecht, 1868 2 Afl.
Windscheid, Pandekten, 8. Afl.
Zorn, Staatsrecht des deutschen Reichs, 2. Afl.

A. Einleitung.

§ 1. Kauf und Schenkung nach römischem und heutigem Recht.

Betrachten wir die vom B. G. B. aufgeführten Veräusserungsgeschäfte, so fällt uns die Parallele des Kaufes mit der Schenkung auf, auf die schon mancher, z. B. Windscheid [1]) hingewiesen hat, und die das B. G. B. auch äusserlich zu erkennen giebt, indem es unmittelbar den Vorschriften über den Kauf diejenigen über die Schenkung anreiht.

Schenkung im streng juristischen Sinne ist nur diejenige unentgeltliche Zuwendung, durch welche jemand aus seinem Vermögen einen Anderen mit dessen Einwilligung bereichert. [2])

Während für das heutige Recht durch den klaren Wortlaut des § 516 B. G. B. feststeht, dass die Schenkung als solche vom Beschenkten angenommen werden muss, ist dies für das römische Recht bestritten. Gestützt auf viele Quellenstellen [3]) bejahen wir mit der herrschenden Meinung [4]) diese Frage. Dem steht nicht entgegen, dass eine unentgeltliche Zuwendung auch ohne Wissen des Bereicherten erfolgen kann, wie dies z. B. bei der negotiorum gestio oder Zahlung der Schuld eines Dritten in Schenkungsabsicht der Fall ist; denn eine Schenkung liegt in einem solchen Falle erst dann vor, wenn der Zuwendungsempfänger die Zuwendung als Schenkung annimmt. Lehnt er die Annahme ab, so steht dem Zuwender ein Rückforderungsrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu [5])

---

[1]) II. S. 365 No. 18.

[2]) l 5 §§ 8, 16 D 24, 1; l 25 S. 2 cod. § 516 B. G. B.

[3]) l 19 § 2 D 39,5: Non potest liberalitas nolenti adquiri. vgl. a. l 69 D 50, 17; l 18 pr D 12, 1; Cicero Top. cap. 8 i. f.: nam neque deditionem neque donationem sine acceptatione intellegi potest; u. a.

[4]) Unger, System II S. 196; Puchta, Instit. § 205 (II, 52); Puchta, Vorl. I. S. 16, 2. Vangerow I S. 176; Schilling § 350; Dernburg, Pand. II S. 291. Windscheid [7] II S. 342, 343 [5]; Burckhard, Schenkungsannahme S. 136/37. Abw.; Savigny, System IV, 146. Meyerfeld I, 34. Bekker, Pand. II, 182/83.

[5]) vgl. Oertmann, S. 231 Z. 2 Abs. 2.

Die Frage nun, ob in einem bestimmten Falle Kauf bezw. Schenkung vorliegt, hat eine zweifache Bedeutung, eine terminologische und eine praktische.

Im täglichen Leben, wo auf die terminologischen Bezeichnungen nicht so genau geachtet wird, hören wir oft von Käufen oder Schenkungen sprechen, auf die eine Anwendung der diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen ohne weiteres ausgeschlossen ist.[6])

Aber nicht nur im täglichen Leben, auch in Gesetzen finden wir eine derartige laxe Anwendung der Begriffe „kaufen" und „schenken". So spricht das Reichs-Straf-Gesetzbuch in § 109 vom „Stimmenkauf"[7]). Aus der ganzen Fassung der Bestimmung geht aber hervor, dass die Anwendbarkeit desselben auch dann gegeben ist, wenn der Wähler sich gegen ein anderes Entgelt als Geld,[8]) dem Essentiale des Kaufes, zur Stimmabgabe in einem bestimmten Sinne verpflichtet, wo also ein Kauf im juristischen Sinne gar nicht vorliegt.

Ein Gleiches gilt von der Schenkung. Auch von Schenkung sprechen wir in vielen Fällen unentgeltlicher Zuwendung, welche in die von der Schenkung gegebene Definition nicht eingereicht werden können ein Kriterium der Schenkung, gewöhnlich die Bereicherung oder die Hingabe aus dem Vermögen, fehlen. So in dem Falle der Verschaffung des Adels, der Mitnahme in eine Vorstellung auf ein Abonnement u. a.[9])

Ebenso wie wir heute gebrauchten die Römer das Wort „donatio" und insbesondere das Zeitwort donare im Sinne eines jeden Liberalitätsaktes und sahen daher folgerichtig z. B. auch die Verleihung des Bürgerrehts und die Freilassung als Schenkung an,[10]) — vgl. ll 36, 56 D. 31; l 1

---

[6]) Die Anregung zu dieser Frage verdanke ich Herrn Geh. Rat Dr. Rud. Leonhard.

[7]) Die Konkursordnung vermeidet in § 243 den Gebrauch des Ausdruckes „kaufen".

[8]) R. G. für Strafs. XI, 219.

[9]) vgl. Reatz, Gutachten aus dem Anwaltsstande, S. 163; Eck, Vorträge über das R. des B. G.-B. 1903 S. 470.

[10]) vgl. Jörs in Birmeyers Encyklopädie S. 143.

J 2,20; c 6 § 3 C 6, 61 — oft sprachen sie auch von Schenkung schlechthin, während nur unentgeltliche Zuwendungen unter Ehegatten gemeint waren.

Wichtiger wie die terminologische ist die praktische Bedeutung der Frage, was Kauf und was Schenkung ist. Hängt doch hiervon die Feststellung ab, auf welche Rechtsgeschäfte die Vorschriften über Kauf und Schenkung unmittelbare, und nicht blos analoge, Anwendung finden. Und dies ist wieder wichtig für die Frage der Gewährleistung des Veräusserers, für die Beobachtung von Formvorschriften, für den Widerruf bei Schenkungen u. ä. m.

§ 2. Abgrenzung des Themas.

Das Wort „Gegenstand" finden wir zuerst im 16. Jahrhundert, und zwar in der Bedeutung von „gegnerisch". Später wird es in der Bedeutung von „Gegenwehr", „feindliche Vergeltung" angewendet, so z. B. in folgendem Satze: „Dieser hat seine Giftstrahlen in mich geschossen, was ist Wunder, dass ich im Gegenstand denselben getötet habe."

In der im Jahre 1754 erfolgten Ausgabe der Schweiz. Gedichte von Haller lesen wir sodann: „Du hast zuerst bei uns der Dinge Wert verwirrt, Dass Tugend lächerlich und Laster artig wird, seitdem dich in Paris ein Schwamm verwöhnte, Jugend erwählte zum Gegenstand von Gründlichkeit und Tugend."

Dieses Wort „Gegenstand" ist seit der 4., im Jahre 1777 erfolgten Ausgabe in „Gegensatz" geändert worden.

Im 18. Jahrhundert wird „Gegenstand dann allmählich für „objectum" gebraucht; so z. B. „das Gefühl, das jeder Zeit subjektiv [1]) bleiben muss und schlechterdings keine Vorstellung eines Gegenstandes ausmachen kann (Kant 7,17)". Als weitere Entwicklung des zunächst blos philosophischen Kunstausdruckes, der in die wissenschaftliche Sprache überhaupt und später auch ins Volksleben übernommen wurde, finden wir z. B. bei Bodmer, Maler der Sitten, 2, 566 (1746)

[1]) In jener Zeit hatten Objekt und Subjekt die entgegengesetzte Bedeutung.

den Ausdruck „Gegenstand der Satyre", dann bei Goethe im Tasso (4, 21) „Gegenstand des Hasses" und endlich bei Wieland im Oberon (6, 19) Gegenstand als Objekt der sinnlichen Anschauung.

Diese Bedeutung, in der das Wort „Gegenstand" zuerst von den Dichtern gebraucht wurde, wurde verallgemeinert; für die Sprache des Alltaglebens wird „Gegenstand" soviel wie „Sache im weiteren Sinne", in welchem Sinne wir es auch heute hauptsächlichst gebrauchen [2])

Die Vieldeutigkeit nun, die das Wort „Gegenstand" in der Litteratur und im täglichen Leben hat, hat schon zu vielen erheblichen Irrtümern Anlass gegeben, und zwar auch in Gesetzeswerken. Insbesondere ist bestritten, was Gegenstand einer Obligation ist. So sagt der erste Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich — § 206 —: „Gegenstand eines Schuldverhältnisses ist ein Tun oder Unterlassen." Obwohl sich nun der Entwurf in dieser Weise sofort bei dem Eintritte in das Obligationenrecht für einen bestimmten Begriff entschieden hatte, wird doch in Titel II „Gegenstand" und „Inhalt" derart gebraucht, dass es nicht ersichtlich ist, wodurch die beiden Begriffe sich scheiden. Ja, es werden sogar die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung im ersten Abschnitt dieses Titels als Inhalt, im zweiten Abschnitte als Gegenstand der Schuldverhältnisse behandelt [3]).

Dieser Auffassung des Gegenstandes als Leistung tritt vor allem die Praxis und der Sprachgebrauch des B. G. B. entgegen [4]). Diese erblicken in dem Gegenstande eines Schuldverhältnisses das zu leistende Objekt, eine Terminologie, die auch der vorliegenden Arbeit zu Grunde gelegt wird.

Wir werden also als Gegenstand des Kaufes das Kaufobjekt, als Gegenstand der Schenkung das Schenkungsobjekt ansehen und sodann, der in § 3 gegebenen Definition des Kaufes folgend, untersuchen, was alles geschenkt und gekauft werden kann, und wie sich Kauf- und Schenkungs-

[2]) vgl. Grimm, Bd. IV.

[3]) vgl. Laband, Archiv f. civil. Praxis, 73 S. 168.

[4]) vgl. z. B. auch Jhering, Jahrb. Bd. 4 S. 384; Demburg, Pand. 4 I, 66. Leonhard, Entwurf S. 44; Schollmeyer, Obligationen. S. 1 u. 2.

gegenstand zu einander stellen. Es wird dabei des öfteren notwendig sein, zunächst festzustellen, ob das betreffende Rechtsgeschäft überhaupt Kauf bezw. Schenkung ist.

Wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden möglichen Kauf- und Schenkungsobjekte werden die Fragen, welche Unterschiede etwa im gemeinen oder preussischen Recht hervortreten, und welche Folgen sich an Mängel der Objekte knüpfen, nicht Berücksichtigung finden[5]).

B. Abhandlung.

Gegenstand der Schenkung und des Kaufes.

a. Im allgemeinen. § 3.[1])

Gegenstand der Schenkung ist, nach römischem und heutigem Recht, alles, wodurch das Vermögen des Zuwenders vermindert und der Beschenkte bereichert wird, sofern diese Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwenders kommt.

Eine Definition fehlt im römischen Recht ebenso wie eine Aufzählung der möglichen Schenkungsobjekte. Denn das römische Recht hat die Lehre von der Schenkung nicht systematisch behandelt, es hat vielmehr seine Vorschriften hauptsächlich von dem Gesichtspunkt des Verbots der Schenkungen unter Ehegatten, der lex Cincia und ähnlicher Bestimmungen aus getroffen.

Im Gegensatz dazu hat das B. G. B. in § 516 eine Definition zwar gegeben, wir werden aber trotzdem in jedem einzelnen Falle untersuchen müssen, ob eine Schenkung vorliegt, und welches ihr Gegenstand ist.

Bei der Untersuchung werden wir insbesondere darauf zu achten haben, dass die Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwenders kommen muss; es genügt zum Vorhandensein des juristischen Tatbestandes der Schenkung nicht, dass

---

[5]) In gleicher Weise grenzen dieses Thema auch ab: Dernburg, Pand. II, 255; Preuß. Priv. R. II, 345; Vangerow III § 632 A. I, 1. Windscheid II, S. 585/86; Ennecerus-Lehmann, Bürgerl. Recht I, 2 S. 587/88.

[1]) vgl. zu folgendem insbes. Bechmann, Kauf, Bd. II. S. 117 fg.

die Zuwendung nur in dem Vermögen des Zuwenders ihren Ursprung hat, oder dass die Bereicherung auf Kosten des Vermögens des Zuwenders erfolgt, wie dies z. B. bei Ausschlagung einer Erbschaft zu Gunsten eines Dritten der Fall ist.

„Vermögen aber ist die Gesamtheit der geldwerten Rechte." Geldwert aber ist, was im Verkehr der Menschen nach Geld geschätzt wird und für Geld anschaffbar ist [2]).

Weit enger wie das Gebiet der Gegenstände der Schenkung ist dasjenige der Gegenstände des Kaufes. Eine Definition finden wir in l 34 § 1 D 18,1: Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel perse qui potest, venditio recte fit. Fassen wir den Begriff „res" als „Ding" auf, nicht blos als „res corporalis", wie es z. B. Bechmann [3]) tut, so deckt sich diese Definition völlig mit der vom B.G.B. in § 433 gegebenen: „Gegenstand des Kaufes können Sachen und Rechte sein, zu letzteren gehören auch die Forderungen."

Trotz dieses Uebereinstimmens der beiden Rechte können wir uns doch keiner anschliessen, denn insbesondere das B. G. B. stellt einen Gegensatz auf, der in Wirklichkeit nicht besteht, den Gegensatz von Sachen und Rechten nämlich. Denn „die Sache ist", wie Bekker [4]) treffend bemerkt, „Objekt von Rechten, die ins Vermögen gehören, aber selber kein Vermögensstück." Und will der Käufer nicht das weitgehendste Recht an der Sache, das Eigentum, erwerben, wenn er nach dem täglichen Sprachgebrauche eine „Sache" kauft? Auch das B. G. B. [5]) erkennt dies an, indem es den Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums an der Sache verpflichtet, ist doch in diesem Recht das Recht auf den Besitz mitenthalten. [6])

So werden wir als Definition des Gegenstandes des Kaufes, an der wir die Abhandlung entwickeln werden, den

---

[2]) Stolte a. a. O. S. 8.

[3]) a. a. O. S. 118.

[4]) Pand. I, 139.

[5]) § 433.

[6]) vgl. auch Planek II, S. 281 Vorbem.

Satz aufstellen: Gegenstand des Kaufes ist das Eigentum und die sonstigen Rechte, zu letzteren gehören auch die obligatorischen Rechte.

Wie bei allen Obligationen verlangt das römische Recht auch beim Kaufe, dass die Leistung einen Vermögenswert habe. Das B. G. B. hat von diesem Erfordernis abgesehen und damit eine grundlegende Verschiedenheit von dem Gegenstande der Schenkung festgestellt; denn von diesem sagen die Protokolle [7]) ausdrücklich: „Gegenstand der Schenkung ist nur die Zuwendung von Vermögensgütern."

Auch beim Kaufe fehlt uns eine Aufzählung der möglichen Kaufobjekte; wir müssen daher zunächst einzelne leitende Gesichtspunkte aufstellen.

Das Haupterfordernis ist, dass der Kaufgegenstand selbständig ist. Dies ergiebt sich aus dem Wesen des Kaufes. Denn Zweck des Kaufes ist die Veräusserung. Diese wird characterisirt durch ein Geben und Nehmen; genommen wird aber mit der Absicht, das Gut zu behalten, nicht blos vorübergehend zu benützen; auf den Käufer soll nicht blos der Besitz, das Faktum, sondern das Gehören, das Recht [8]), übergehen.

Res quas persequi potest, sagt die Definition des Paulus über den Gegenstand des Kaufes weiter. Das will sagen, das Objekt muss privatrechtlich geschützt sein.

Wir sehen also schon hier, dass der Gegenstand der Schenkung im Allgemeinen derselbe ist wie beim Kaufe. Es werden sich jedoch einzelne Schenkungsobjekte finden, wie z. B. Sachnutzungen, Dienstleistungen, die nicht als Gegenstand des Kaufes vorkommen können.

---

[7]) II, Seite 3.

[8]) l 80 § 3 D 18,1. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat; sed hoc locatio est aut aliud genus contractus.

b. Im Besonderen.

I. Einzelne Vermögensgegenstände,

1. Das Eigentumsrecht an einzelnen Vermögensgegenständen.

§ 4. Allgemeines.

Den hauptsächlichsten Schenkungs- und Kaufgegenstand bildet das Eigentumsrecht an Sachen. Keinen Unterschied für die Tauglichkeit gekauft zu werden macht es, ob die Sache beweglich oder unbeweglich, verbrauchbar oder unverbrauchbar, vertretbar oder individuell bestimmt ist. Mit dem Eigentum der Hauptsache gelten als mitverkauft das Eigentum an dem Zubehör derselben [1]), die verheissenen Servituten und hängenden Früchte [2]). Was als Zubehör anzusehen ist, bestimmen im Zweifel die Verkehrsanschauung und die Gebräuche [3]). So galt z. B. im römischen Recht beim Verkauf eines Pferdes das oft sehr kostbare Geschirr als mitverkauft [4]), während dies heute für gewöhnlich nicht angenommen werden wird.

Dagegen scheiden aus der Reihe der möglichen Objekte diejenigen aus, denen die Veräusserlichkeit fehlt.

Das Eigentum an den Sachen, das entgeltlich veräussert werden kann, kann auch unentgeltlich Dritten zugewendet werden. Doch nicht jede dieser Zuwendungen ist Schenkung im juristischen Sinne, mag sie auch im täglichen Leben so genannt werden. Vielmehr ist als Schenkung nur die Zuwendung des Eigentums derjenigen Sachen anzusehen, die einen Geldwert haben, wo also die Zuwendung die bei der Schenkung erforderte Vermögensverschiebung herbeiführt [4]).

---

[1]) § 314 B. G. B.

[2]) vgl. z. B. l 5 pr D 19,1; l 27 D. eod.; l 6 § 6 D. eod.; § 926 B. G. B.

[3]) § 97 II 1 B. G. B.

[4]) l 38 D. 21,1.

[4]) Daher liegt keine Schenkung in der Freilassung eines Sklaven.

So sehen wir, dass im römischen wie heutigem Recht das Eigentum an Sachen nur in beschränkterem Masse Gegenstand der Schenkung als des Kaufes sein kann. Welche der einzelnen Sachen sich so unterscheiden, das zu untersuchen, würde zu weit führen.

Dagegen müssen wir diejenigen Sachen noch einer kurzen Betrachtung unterwerfen, quas natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt (l 34 § 1 S. 2 D 18,1), sowie diejenigen, bei denen es besonders streitig ist, ob sie Gegenstand der Schenkung oder des Kaufes sein können.

§ 5. Die res extra commercium[1])

Der Käufer will auf Grund des Kaufvertrages vom Verkäufer Eigentum und Besitz am gekauften Gegenstand übertragen erhalten. Dies ist nur möglich, wenn der Verkäufer über die Sache verfügen kann. Eine objektive Verfügungsunfähigkeit besteht aber hinsichtlich der Gemeingüter, soweit sie als Elemente in Betracht kommen, nämlich der Luft, des fliessenden Wassers, des Meeres und der Meeresufer. Der menschlichen Gewalt unterworfen, in Behältnissen eingeschlossen, können Wasser und Luft, im römischen wie im heutigen Recht, Gegenstand des Kaufes sein. Und wenn durch die konkreten Umstände die Zuwendung von Wasser oder Luft die bei der Schenkung erforderliche Vermögensverschiebung bewirkt, so können Wasser und Luft auch Gegenstand der Schenkung sein. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn ich in einer wasserarmen Gegend wie in Afrika, meine gefüllte Cisterne einem Freunde schenke. Wir finden hier also keinen Unterschied zwischen der Schenkung und dem Kauf; denn auch kaufen wird man Wasser nur da, wo es einen Vermögenswert hat[2]).

Nicht dem Verkehr unterworfen, daher weder Gegenstand der Schenkung noch des Kaufes, sind bei den Römern die res sacrae, sanctae und religiosae; id nullius in bonis est, so sagen sie (vgl. l 6 § 2 D 1,8). Dies trifft natürlich

---

[1]) vgl. zu § 5 insbes. Regelsberger, Pand. § 107—112.

[2]) vgl. z. B. l 1 D 34,1; l 14 § 3 D eod.

nur zu, insoweit die Gegenstände bereits ihre Zweckbestimmung haben, und hindert nicht, ein Grundstück zu kaufen, um es z. B. als Begräbnissplatz zu benützen. Dagegen liegt keine Schenkung vor, wenn ich jemandem eine Grabstätte unentgeltlich zuwende. Zwar gebe ich unbedingt etwas aus meinem Vermögen weg, auch die Uebereinstimmung über die Unentgeltlichkeit dürfen wir als gegeben annehmen, es fehlt aber die Bereicherung des Empfängers, denn für die Beschaffung des Begräbnisplatzes hat nicht der Verstorbene, sondern dessen Erben bezw. Nachlass Sorge zu tragen. Diesen also, und nicht dem Empfänger, wird durch die Zuwendung eine Ausgabe erspart, und nur diese können als bereichert angesehen werden [3]).

Abweichend vom römischen Recht lässt das heutige ein Privateigentum an diesen Sachen, wie z. B. an Kirchhöfen, Kirchen, zu, verbietet aber jede Verfügung, die die Sache ihrem Zweckgebrauche entfremden könnte, mag diese Verfügung in Kauf oder Schenkung bestehen.

Weiterhin sind verkehrsunfähig die im Gemeingebrauche stehenden Sachen und das den Zwecken der öffentlichen Verwaltung dienende Vermögen. Letztere sind jedoch verkehrsfähig, insoweit der öffentliche Verwaltungszweck nicht entgegensteht der Veräusserung, die kauf- und schenkungsweise erfolgen kann.

Zu erwähnen ist noch der menschliche Körper. Schon die Römer erklärten, dass an dem Körper eines lebenden freien Menschen ein Eigentum nicht möglich sei [4]). Dem hat sich das heutige Recht angeschlossen. Wohl aber kann man über einzelne Teile des Körpers, die entweder schon losgetrennt sind, oder für den Fall, dass sie losgetrennt werden, verfügen. Dies kann im Wege des Kaufes geschehen, Gegenstand desselben ist das betreffende Glied. Dieses kann auch Gegenstand der Schenkung sein, allerdings werden hier mehr wie sonst die konkreten Umstände zu berücksichtigen sein. So ist es z. B. Schenkung, wenn ein junges Mädchen ihren bereits abgetrennten Zopf, statt ihn dem sich

---

[3]) l 5 § 8—12 D 24,1.

[4]) l 13 pr D 9, 2; ll 4, 5, 6 pr. 34 § 2, 70 D 18,1.

darum bewerbenden Friseur A zu verkaufen, unentgeltlich dem Friseur B. in Schenkungsabsicht überlässt.

Auch der eigne Leichnam kann Gegenstand des Kaufes sein, insoweit nicht der dadurch bezweckte Erfolg ein unsittlicher ist[5]). Dem Erben aber ist eine Verfügung über den Leichnam des Erblassers als unsittlich untersagt.

Die unentgeltliche Zuwendung des eignen Leichnams kann eine Schenkung von Todeswegen oder ein Vermächtnisvertrag sein, nie aber eine Schenkung in dem von uns behandelten Sinne, selbst wenn der Zuwender sich hierzu durch Schenkungsversprechen verpflichtet hat; fehlt doch das Erfordernis, dass die Zuwendung a u s dem Vermögen des Zuwenders kommt.[6])

Gross ist auch die Anzahl von Sachen, die, an sich verkehrsfähig, dieser Eigenschaft durch Veräusserungsverbote entkleidet sind. Diese Verbote treffen teils Kauf und Schenkung, teils nur den Kauf[7]).

§ 6. Das Geld.

Wir haben vorstehend festgestellt, dass als Kaufobjekt hauptsächlich das Eigentum an Sachen in Betracht kommt, dass dieses aber nur dann geschenkt werden kann, wenn die bei der Schenkung erforderliche Vermögensverschiebung eintritt. Dies ist selbstverständlich der Fall, wenn Geld den Gegenstand der Zuwendung bildet, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Geld in- oder ausländisches Zahlungsmittel ist. Können wir doch in der unentgeltlichen Zuwendung von Geld, auch wenn es als individuell bestimmte Münze in Betracht kommt, das Schulbeispiel der Schenkung sehen[1]). Dagegen herrscht beim Kaufe eine berühmte Streitfrage, an pecunia merx esse possit? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir auf die Entwicklung des Kaufes

---

[5]) vgl. Endemann, Bürgerl. R. I, 439. Bekker, Pand. I. S. 331; § 138 B. G. B. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. II § 60.

[6]) vgl. Endemann, a. a. O. III S. 271.

[7]) vgl. l 52 D 18,1. l 48 D 39,2. Cod IV, 40.

[1]) l 34 § 7 D 46,3; l 19 § 3 D 39,5; l 49 D 46,3.

im römischen Recht, die Paulus (l 1 pr D 18,1) uns erzählt, zurückgehen.

Ursprünglich tauschten die Kontrahenten ihre Waren gegen einander aus. Eine Einigung konnte daher nur zustande kommen, wenn die gegenseitigen Werte für beide Parteien von Interesse waren. Da dies nicht oft der Fall war, so suchte man der in Folge dessen herrschenden Schwerfälligkeit des Verkehrs dadurch abzuhelfen, dass man sich nach einem Tauschgegenstand umsah, der jederzeit den Kontrahenten angenehm sein musste. Ein solcher wurde in den Edelmetallen gefunden, und durch den aufgeprägten Stempel als staatlich anerkanntes Tauschmittel gekennzeichnet, traten sie als pretium der merx gegenüber. Hatte aber das Edelmetall durch diesen Vorgang seine Eigenschaft als Tauschgut verloren? Dies war von Bedeutung, da der Verkäufer nur für habere licere einzustehen hatte, beim Tausche dagegen Eigentum übertragen werden musste.

Am entschiedensten verneint die Frage nach der Verkaufsfähigkeit des Geldes in letzter Zeit Anthes. Zur Hebung der sich beim Kaufe ergebenden Schwierigkeiten wurde, so ungefähr führt Anthes [2]) aus, Metallgeld eingeführt und dieses im Gegensatz zur Ware „pretium" genannt. Und da Paulus ausdrücklich sagt, aliud pretii um, aliud merx, so könne nicht gleichzeitig der Käufer das Geld als Zahlmittel, der Verkäufer Geld als Kaufobjekt geben, denn dann „würden ja die Kontrahenten nicht ein aliud, sondern ein idem geben." [3])

Auf den ersten Blick überzeugend, sind die Folgerungen, die Anthes aus l 1 pr D 18,1 zieht, doch nicht richtig. Denn das Geld ist Tauschmittel nur geworden, weil es ein beliebtes Tauschgut war. Nur als solches konnte es aber Tauschmittel sein, und wir sehen auch sonst keinen Grund, weshalb es seine ursprüngliche Tauscheigenschaft verloren haben sollte. Betrachten wir die Quellenstellen, die für unsere, Anthes entgegengesetzte, Ansicht sprechen.

---

[2]) a. a. O. S. 217.

[3]) Gl. A. wie Anthes: Vangerow, 3. Afl. § 632 Abs. I, 1 (abw. in der 7. Afl.), Förster, Preuß. Priv. Recht 3. Afl. § 123 (abw. Eccius in der 7. Afl. II. S. 42) Unterholzner § 480, II. S. 302 a. a. O.

Da wird zunächst in § 2 J 3,23 gesagt: „Item pretium in numerata pecunia consistere debet." „Numerata" pecunia? Weshalb nicht pecunia schlechthin? Aufklärung über diese Frage giebt uns l 51 D 30. Hier werden die certi nummi als Sachen (corpora) der numerata pecunia gegenübergestellt, und es wird gesagt, dass sie wie jeder andere körperliche Gegenstand abzuschätzen seien. Daraus dürfen wir wohl folgern, dass hier die certi nummi als individuell bestimmte Münze merx sein können.

Dagegen könnte man vielleicht einwenden, grade der Ausdruck „nummi" finde sich in l 1 § 1 D 18,1, wo die Frage nach dem Vorliegen eines Kaufes ohne „nummi" verneint wird. Doch dies liegt daran, dass nummi die einzige Erscheinungsform der pecunia numerata sind [4]). In dieser Bedeutung müssen sie beim Kaufe stets vorkommen, können aber die nummi nicht noch andere Bedeutungen haben?

Einen weiteren Beleg dafür, dass bei den Römern schon Geld — wenigstens für ausländisches beweist dies das Folgende — als Ware vorkam, finden wir in zwei fast gleich lautenden, in das corpus iuris civilis allerdings nicht aufgenommenen Stellen:

Volusius Maecianus, assis distr. § 45: Victoriatus nunc tantumdem valet, quantum quinarius olim, ut peregrinus nummus loco mercis ut nunc tetradrachma et drachma habebatur.

Plinius, hist. natur. 33 c. 3 (§ 46 a. E.): qui nunc victoriatus appellatur, lege Clodia percussa est: antea enim hic nummus ex Illyrico adventus m e r c i s l o c o habebatur.

Die neuere herrschende Lehre [5]) bejaht die Frage, ob Geld Gegenstand des Kaufes sein könne; doch stimmen die verschiedenen Schriftsteller nicht in der Frage überein, in welchen Fällen Kauf anzunehmen sei.

Allgemein wird dies, Anthes und die in Anmerkung 3 Genannten ausgenommen, zugegeben, wo es sich um den

---

[4]) vgl. Freundt, a. a. O. S. 31.

[5]) Dernburg, Pand. II, 257 a. E. Vangerow VII — III S. 425. Windscheid a. a. O. § 385 Anm. 3. Hartmann S. 40/41. Bechmann II, 154; Freundt, a. a. O. S. 32; R. O. H. G. XII S. 17 u. v. a.

Kauf von ausländischem Geld handelt. Dagegen wird von einigen[6]) die Kauffähigkeit verneint bei Währungsgeld. So sagt Bechmann[7]), dass es bei dem Wechseln von Währungsgeld nicht möglich sei, zu unterscheiden, wer der Käufer, wer der Verkäufer sei; dies sei auch der Fall, wo es sich um aus Liebhabergründen gesuchte Münzen handelt. Daher könne hier immer nur Tausch in Frage kommen: in permutatione enim discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit. l 1 § 1 i. f. D. 18,1,

Ohne weiteres ist Bechmann und Riesser beizustimmen, soweit es sich um Währungsgeld im allgemeinen, nicht aber um Münzen und Münzsorten handelt, die ein Affektionsinteresse für den Käufer haben.

Bechmann[8]) begründet seine Ansicht weiter damit, dass die Währungsfunktion der Münze vom Staate zuerkannt sei, und dass dieselbe nicht von Privaten „aufgehoben oder suspendirt" werden könne. Zugestanden; doch die Kontrahenten heben ja die Währungsfunktion des Geldes gar nicht auf, dieselbe ruht vielmehr nur in Folge ausdrücklicher Parteiabrede. Diese hindert nicht, die Münze jeder Zeit wieder als Geld zu verwenden[9]). So wird niemand, der einen 1861er Sterbetaler für das Fünfzehn- bis Zwanzigfache des Nennwertes erwirbt, darin einen Tausch sehen, vielmehr stets einen Kauf,[10]) obwohl er, benützt er die Münze als Zahlungsmittel, hierfür nicht mehr als drei Mark angerechnet erhält.

Wir werden also auch hier das Vorliegen eines Kaufes annehmen müssen, wenn das Währungsobjekt nicht als solches, sondern als individuell bestimmte Münze gesucht wird. Dagegen haben wir es mit Tausch zu tun, wenn Währungsgeld schlechthin gegen anderes Währungsgeld gewechselt wird.

[6]) Bechmann, a. a. O. S. 154. Riesser a. a. O. S. 246.

[7]) a. a. O. II. S. 154.

[8]) a. a. O. II S. 154.

[9]) vgl. Becker, Geldwechsel, S. 23.

[10]) Eine individuell bestimmte Münze kann Gegenstand der Schenkung als Währung und als Sache sein.

Das Wechseln ausländischer Münze gegen anderes ausländisches Geld ist stets Tausch [11]).

Die Frage, welche Münze Kaufobjekt, welche Kaufpreis ist, ist sehr bestritten und lässt sich nur nach dem einzelnen Falle beurteilen.

Das Ergebnis gilt in gleicher Weise wie für das römische so auch für das heutige Recht, wenn auch die Frage heute ihre materielle Bedeutung verloren hat, da § 515 B. G. B. Tausch und Kauf gleichstellt.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergiebt sich, dass das Geld in jeder Form, als Währung wie als Münze Gegenstand der Schenkung sein kann, während zu seiner Eignung als Kaufobjekt erfordert wird, dass bei Hingabe ausländischen Geldes inländisches gegeben wird, bei Erwerb von inländischem Gelde aber ein Affektionsinteresse vorliegt.

§ 7. Die Gattung.

Wir haben bisher festgestellt, dass das Eigentum an Individualsachen Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung sein kann; wie steht es aber mit der Gattung? Bei dem Spezieskauf bezeichnet der Käufer eine bestimmte Sache, die er zu kaufen wünscht, nur die Leistung dieser Sache soll Erfüllung sein.

Es ist aber auch möglich, den Leistungsgegenstand nur nach Quantität und Qualität zu bestimmen; der Verkäufer kann sich durch Leistung eines von all den existirenden Objekten, die die verabredeten Eigenschaften haben, befreien. Hier handelt es sich um einen Gattungskauf.

Von diesem zu scheiden ist der Kauf nach Mass, bei welchem der Käufer aus einer speziell bestimmten Menge eine ihm erst zuzumessende Quantität kauft.

Während sich für den Kauf nach Mass eine Anzahl Quellenbelege finden, ist es sehr bestritten, ob die Römer schon das Genus als Gegenstand des Kaufes kannten. Eine Anzahl von Schriftstellern [1]) bejaht — oft ohne Angabe von

---

[11]) vgl. auch Becker, Geldw. S. 32/33.

[1]) Bekker, Jahrb. 5, 359. Stintzig in Jher. Jahrb. X, 177; Jhering in Jher. Jahrb. 4 S. 393/394. Regelsberger, Arch. f. civ. Prax. Bd. 49 S. 187; Haver, a. a. O. S. 70 (die beiden letzteren, ohne Gründe anzugeben).

Gründen — die Frage, während die herrschende Meinung mit Recht das Vorkommen des Genuskaufes in Abrede stellt. Nicht etwa das Vorkommen jeder Gattungsschuld, wo aber die Römer über die Veräusserung einer Gattungssache kontrahiren wollen, da mussten sie sich der Stipulationsform bedienen [2]).

Dagegen wendet Bekker [3]) ein, dass „dieselbe Bestimmtheit, die ausreichte, der Stipulation Geltung und Giltigkeit zu verschaffen, auch bei Kaufverträgen ausreichend gewesen sei." Dass dies nicht ganz zutreffend ist, giebt aber Bekker selbst zu, wenn er bald darauf sagt [4]), dass viele Objekte wohl Gegenstand der Obligation, nicht aber des Kaufes sein konnten.

In neuester Zeit tritt Haver [5]) für die Zulässigkeit des Genuskaufes im römischen Recht ein, er nimmt jedoch, ohne Rücksicht auf den grossen Streit zu nehmen, die Möglichkeit des Gattungskaufes als gegeben an, wenn er sagt, „die römischen Quellen behandeln den Genuskauf hinsichtlich des Gefahrübergangs anders als den Kauf schlechthin" [6]).

Vergebens sucht man aber in den Quellen nach einer Stelle, die unzweifelhaft vom Gattungskauf handelt. Dies wird erklärlich, gehen wir auf den Ursprung des Kaufes zurück. Beim Tausche wie beim Realkaufe mussten die Gegenstände zur Hand sein. So war ein Genuskauf unzulässig, und dies wurde vom römischen Recht festgehalten.

Entgegen dieser Ansicht will Berndorff [7]) wenigstens für die spätrömische Zeit das Vorkommen des Gattungskaufes annehmen. Allein der blosse Hinweis auf das Verkehrsbedürfnis, das auf die Ausbildung des Gattungskaufes hingedrängt haben müsse, kann bei dem Schweigen der Quellen der Berndorff'schen Ansicht nicht zum Siege verhelfen.

---

[2]) vgl. Fick, a. a. O. Bd. 9 S. 372. Brinz, Pand. II, 696, Karlowa, Rechtsgesch. II, 615. Dernburg, Pand. II, 257.

[3]) Bekker u. Muthers Zeitschr. 5 S. 359 a. E.

[4]) a. a. O. S. 360.

[5]) Die Gattungsschuld.

[6]) S. 70.

[7]) Die Gattungsschuld, S. 53 u. 61.

Untersuchen wir nun noch die Stellen, welche die Verfechter des Vorkommens des Gattungskaufes für ihre Meinung anführen.

Es ist zuzugeben, dass l 20 D 18,1[8]), die nach Bekkers Ansicht den Beweis für seine Behauptung erbringt, auf den ersten Blick ihm recht zu geben scheint. Doch hat u. E. Sabinus die genannten Gegenstände deshalb so allgemein gefasst, weil es ihm hauptsächlich darauf ankam, die Grenze zwischen Kauf und Werkvertrag zu ziehen.

Die Stelle kann daher ebensowenig etwas beweisen, wie die von anderen citirte l 65 D 18,1[9]). Gewiss wäre hier das schönste Schulbeispiel für den Kauf gegeben, handelte es sich schlechthin um eine bestimmte Anzahl Ziegeln. Doch dem Kaufe ist die Bedingung zugefügt, dass von den Ziegeln geliefert werden müsse, die der Verkäufer selbst fertige. Durch diesen bei einem Ziegellieferungsvertrag ungewöhnlichen Zusatz ist der Leistungsgegenstand dahin spezialisirt, dass von den vom Verkäufer angefertigten Ziegeln, und n u r von diesen, eine bestimmte Zahl zu liefern ist. Auch hier scheint es dem Juristen in erster Reihe darauf angekommen zu sein, festzustellen, ob dieser Vertrag Kauf — nach Mass — oder Werkvertrag sei.

Die Stellen l 35 §§ 5, 6 D 18,1 handeln vom Kaufe im Bausch und Bogen bezw. nach Mass. Ein Gleiches gilt aber auch von den l 35 § 7 D 18,1; l 5 D 18,6 und l 2 C IV, 48, drei Stellen, die Regelsberger[10]) als diejenigen angiebt, die unbestritten vom Genuskauf handeln. Uebereinstimmend handelt es sich in allen drei Stellen um Wein, der, nach Literzahl — venia sit verbo — gekauft, zugemessen werden soll. Hier wurde nirgends ein Genus gekauft; der Käufer wünscht vielmehr aus dem vor ihm stehenden, indi-

---

[8]) Sabinus respondit: Si quam rem nobis fieri velimus etiam veluti statuam vel vas aliquid seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret.

[9]) Convenit mihi tecum, ut certum nummerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres, utrum emptio sit an locatio?

[10]) Krit. Viert. J. Schr. Bd. 13 S. 109.

viduell bestimmten Fasse eine angegebene Menge zu erwerben. Es ist also in diesen Fällen nur vom Kauf nach Mass die Rede.

Wir kommen nun zu den beiden bestrittensten Stellen, die für den Gattungskauf angeführt werden, l 13 und l 15 D 18,6.

Im römischen Recht geht die Gefahr mit Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer über [11]). In l 15 cit. [12]) wird aber gesagt, dass dies erst mit der Uebergabe geschehe. Um diesen scheinbaren Widerspruch zu lösen, nahmen die Glossatoren und älteren Schriftsteller [13]) an, dass es sich hier um einen Gattungskauf handele. Denn da bei diesem die Gefahr erst mit der Lieferung übergehe, so sei bei der Annahme eines Genuskaufes die Stelle befriedigend erklärt. Diese Ansicht vertritt auch Jhering [14]) Dagegen sieht die herrschende Lehre in dem in dieser Stelle bezeichneten Kaufe wohl mit Recht einen Spezialkauf [15]).

Zunächst ist zu beachten, dass „materia" hier in dem Sinne von species gebraucht ist [16]), eine gleiche Bedeutung hat das Wort z. B. in l 12 pr D 7,1. Sodann ist aber zu bedenken, dass hier das furtum in den Vordergrund gestellt ist. Der Verkäufer hat bis zur Uebergabe die Sorgfalt eines Verwahrers anzuwenden [17]). Es erschien den Römern nun undenkbar, dass bei Anwendung dieser Sorgfalt ein Diebstahl vorkommen könne. Auf der Verletzung dieser Sorgfalt beruht also die Haftung des Verkäufers.

Allerdings erregt es in dem Falle der l 15 § 1 cit. Bedenken, dass das signare dem tradere gleich gestellt ist. Denn dann kommt man zu dem Schlusse, dass der Ver-

---

[11]) § 3 J III, 23.

[12]) Materia empta, si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

[13]) Voet, a. a. O. S. 650; Cocceji a. a. O. S. 904.

[14]) Jahrb. Bd. IV S. 393 fg.

[15]) Glück, a. a. O. Bd. 17 S. 146. Momsen, Beitr. I, 433; Bechmann a. a. O. S. 335 A. 1. Dernburg, Pand. II S. 263/64.

[16]) vgl. Glück Bd. 17 S. 147.

[17]) l 3 D 18,6; l 4 pr D 47,2.

käufer für custodia nicht mehr einzutreten hat, wenn der Käufer die Kaufobjekte signiert, sie aber im Gewahrsam des Verkäufers gelassen hat [18]). Da dies nicht mit den sonstigen Vorschriften des römischen Rechts über die Haftung des Verkäufers übereinstimmt, so will Jhering einen Genuskauf annehmen. Dagegen muss man aber bedenken, dass Paulus keineswegs das Signieren eines jeden Kaufobjekts der Tradition gleichstellen wollte. Möglich ist dies nur bei solchen Gegenständen, bei denen der Käufer die freie Verfügung über die Kaufsache durch das Signiren erhält. So lagert gewöhnlich das Bauholz auf freien Plätzen: zeichnet der Käufer die von ihm gekauften Balken, so erwirbt er dadurch die Gelegenheit, sie jederzeit, ohne von der Mitwirkung des Verkäufers abhängig zu sein, abfahren zu können. Nur in diesem Falle stellt Paulus das „signare" dem tradere gleich, nur in diesem Falle geht die custodia schon mit dem Signiren auf den Käufer über. Daher ist die Annahme Jherings, dass die Gefahr immer mit dem Signiren übergeht, und dass der Verkäufer sogar von jeder Verpflichtung zur custodia frei wird, wenn die gekaufte, aber noch nicht übergebene Sache signirt wird, unzutreffend, und wir haben keine Veranlassung, hier einen Gattungskauf anzunehmen [19]).

Ein Gleiches gilt von l 13 D eod.[20]). Es kommt hier nicht darauf an, ob das Hinausstellen der Bettstellen gestattet war oder nicht. Denn auch hier liegt das Schwergewicht in der custodia, die der Verkäufer bis zur Uebergabe zu vertreten hat. Diese verletzt der Verkäufer, wenn er bereits verkaufte Bettstellen vor die Türe stellt, wo sie leicht beschädigt werden können.

Auch hier will Jhering [21]) einen Genuskauf annehmen, giebt aber selbst zu, dass man zu diesem Zwecke der Stelle Gewalt antun müsse.

---

[18]) vgl. Jhering, a. a. O. IV, 394. Schmitz, a. a. O. S. 6/7.

[19]) vgl. hierzu insbes. Berndorff S. 56/7.

[20]) Lectos emptos aedilis, cum in via publica essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum placet.

[21]) a. a. O. S. 417.

Wir finden also in den Stellen einen klaren Beleg für das Vorkommen des Genuskaufes nicht. Dagegen findet sich in den fragm. Vaticana (§ 16) eine Stelle, die für den Gattungskauf zu sprechen scheint. Doch in das corpus iuris nicht aufgenommen, kann sie für uns keine volle Beweiskraft haben. Noch ein anderer Umstand spricht gegen das Vorkommen des Genuskaufes im römischen Recht. Das ädilizische Edikt, das seine Vorschriften auf den Tausch ausdehnt, erwähnt mit keinem Worte den Gattungskauf. Dies kann nicht, wie Goldschmidt [22]) annimmt, „Zufall" sein, ist vielmehr in dem Nichtvorkommen des Genuskaufes begründet, für den wahrscheinlich die Form des Stipulationskaufes gewählt wurde.

Wohl aber ist im heutigen Recht der Genuskauf zulässig. Dies folgt aus den §§ 480, 491 B. G. B. Gegenstand des Gattungskaufes ist stets die Gattung, nicht etwa die gelieferte Sache; diese ist vielmehr nur in solutione. (arg. ex l 72 § 4 D 46,3).

Dagegen kann ein Genus nicht Gegenstand der Schenkung sein. Wende ich nämlich jemandem das Eigentum einer Sache unentgeltlich zu, so muss die Sache individuell bestimmt sein, handelt es sich doch um eine Realschenkung. Dagegen kann ich das Eigentum einer nur der Gattung nach bestimmten Sache giltig zu schenken versprechen [23]). Gegenstand dieser Schenkung ist dann aber nicht die Gattung, sondern, wie wir in § 13 sehen werden, der Anspruch, der durch das Versprechen begründet wird.

Im römischen wie im heutigen Recht kann also das Eigentum an einer nur der Gattung nach bestimmten Sache nicht Gegenstand der Schenkung sein, das Gleiche gilt für das römische Recht von dem Gegenstand des Kaufes, während im heutigen Recht der Gegenstand des Kaufes weiter ist.

2. Die sonstigen dinglichen Rechte an Sachen.

§ 8. Allgemeines.

Ausser dem Eigentumsrecht können auch die anderen

---

[22]) Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 19 S. 105.

[23]) l 35 pr, § 2 C 8,53.

dinglichen Rechte an Sachen Gegenstand des Kaufes und der Schenkung sein; zu scheiden ist jedoch hier eine konstitutive und translative Veräusserung.

Im klassischen römischen und im heutigen Recht können alle dinglichen Rechte kauf- und schenkungsweise begründet werden [1]). Etwas Besonderes gilt im römischen Recht für die Emphyteusis, deren entgeltliche Bestellung nicht Kauf, sondern ein Vertrag sui generis ist. Dagegen gelten für die Uebertragbarkeit schon bestehender Rechte verschiedene Normen.

§ 9. Superfizies und Emphyteusis.

Während es im heutigen Recht ohne weiteres klar ist, dass die entgeltliche Bestellung einer Superfizies, heute Erbbaurecht genannt, Kauf ist, [1]) und dass Gegenstand des Kaufes das Recht ist, war beides im römischen Recht sehr bestritten. Der Hauptgrund lag in der Entwicklung. Da dieselbe Erscheinung bei der Emphyteusis und beim Niessbrauch wiederkehrt, so sei hier kurz auf die Entwicklung eingegangen.

Ursprünglich war die Superfizies Mietsverhältnis mit blos obligatorischer Wirkung. Als blosser Detentor hatte der Superfiziar nur gegen den Eigentümer einen Anspruch auf Abtretung der Klagen, nicht aber einen direkten Schutz. Da dies dem Verkehr nicht genügte, so gewährte der Prätor, das ius strictum ergänzend, dem Superfiziar eine actio in rem utilis, wenn das Superfiziarverhältniss für längere Zeit begründet war. Damit war der Superfiziar dinglich geschützt, sein Recht selbt zu einem dinglichen geworden.

Welchen Character hatte nun das Rechtsgeschäft, durch welches das dingliche Recht bestellt wurde [2])? Die äussere Form, in der es hauptsächlich nach aussen in Erscheinung trat, war der Vertrag in der Form der Bodenmiete. Hinter

---

[1]) vgl. l 3 § 2 D 19,1; l 20 D 8,1; l 12 pr D 11,7; l 6 § 5 D 19,1; l 10,46 § 1 D 21,2; l 3 § 8 D 43,19; l 17 D 8,4; Gaius II, 17.

[1]) § 1012 B. G. B.

[2]) Wächter, Platzrecht S. 58 fg; Degenkolb, desgl. S. 39; l 1 § 1 D 43,18.

dieser konnte sowohl Kauf und Schenkung [3]) als auch Miete[4]) stehen.

Was aber war Gegenstand des Kaufes und der Schenkung? Dem Ausgangspunkte der Miete entsprechend, nahm man als Gegenstand des Rechtsgeschäftes den Boden an. So nach Gaius in l 2 D 43,18. Dagegen berichtigt Ulpian diese Ansicht dahin, dass das Recht auf den Boden erworben werde. Qui tabernas argentarias vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed ius vendit. l 32 D 18,1.

Ein Gleiches wie für den Kauf gilt auch, und zwar für das römische wie heutige Recht, von der Schenkung.

Das schon bestehende Recht kann nach römischem und heutigem Recht im Wege des Kaufes wie der Schenkung weiter veräussert werden, auch hier ist das Recht Gegenstand des Kaufes bezw. der Schenkung [5]).

II. Denselben Entwicklungsgang wie bei der Superfizies finden wir bei der Emphyteusis. Den auch hier hervortretenden Streit,[6]) ob der Begründungsakt auf Kauf oder Pacht beruhe, entschied Kaiser Zeno dahin, dass es sich um einen contractus sui generis handele [7]). Als Gegenstand des Kaufes kommt daher das erst zu begründende Emphyteutenrecht im römischen Recht nicht in Betracht. Dagegen war die schenkweise Begründung der Emphyteusis möglich, wenngleich sich hierfür ebensowenig wie bei der Superfizies ein Quellenbeleg findet [8]). Gegenstand der Schenkung ist, wie auch hier Ulpian bahnbrechend der älteren Anschauung gegenüber, welche als Gegenstand des Rechtsgeschäftes das Grundstück ansah, erklärte, das Recht [10]).

---

[3]) Ein Beleg hierfür findet sich in den Quellen nicht; vgl. Meyerfeld a. a. O. I, 156. Degenkolb a. a. O. S. 39. Gegen das Vorkommen als Schenkung ist Schilling, a. a. O. S. 772.

[4]) vgl. hierzu Degenkolb a. a. O. S. 29, der als Hauptart des Vertrages die locatio, die venditio nur als Abart auffaßt.

[5]) l 1 § 7 D 43,18. § 1012 B. G. B.

[6]) vgl. Gaius III, 145.

[7]) l 1 C 4,66.

[8]) Gl. A. Meyerfeld, a. a. O. I S. 155/6. Savigny, System, Bd. IV S. 118. A. M. Schilling, a. a. O. 772.

[9]) l 1 § 1 D 6,3.

[10]) l 71 §§ 5, 6 D 30 u. l 3 § 4 D 27,9

Das B. G. B. hat die Rechtsverhältnisse der Emphyteusis nicht geregelt. Gemäss art. 63 E. G. B. G. B. bleiben die landesrechtlichen Vorschriften unberührt. Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung ist auch hier, soweit die Landesrechte die Erbpacht überhaupt zulassen, das Recht.

Hinsichtlich der Weiterveräusserung der schon bestehenden Emphyteusis gilt im römischen Recht das von der Superfizies Gesagte [11]). Jedoch muss der neue Emphyteuta ein tüchtiger Wirt sein [12]). Soweit die Erbpacht im heutigen Recht zugelassen ist, ist die kauf- und schenkungsweise Weiterveräusserung möglich, deren Gegenstand ist das Recht.

§ 10. Die persönlichen Nutzungsrechte an fremden Sachen.

Wie in § 8 bereits gesagt, können die dinglichen Nutzungsrechte an fremden Sachen auf Grund eines Kaufes wie einer Schenkung im römischen wie im heutigen Recht begründet werden. Wie steht es aber mit der Weiterveräusserung dieser Rechte? Ursprünglich seiner Bestimmung als Alimentationsmittel für erwerbsunfähige Familienmitglieder gemäss, völlig unveräusserlich, konnte der Niessbrauch später zunächst vermietet werden. Wie bei den im vorigen Paragraphen behandelten Instituten setzte sich auch hier der dingliche Schutz des Erwerbers der Nutzungsbefugnis, also des Pächters, durch. Nun war auch kauf- und schenkweise Veräusserung möglich [1]).

Was war aber Gegenstand der Uebertragung, das Niessbrauchrecht selbst oder nur die Ausübung desselben? [2]) Wie eine Anzahl Quellenstellen uns lehren, wurde — und dies hat auch das B. G. B. in § 1059 für seinen Geltungsbereich geboten — nur die Ausübung des Rechts veräussert. l 15 D 10,2. nec enim (usus fructus) a personis discedere sine interitu sui potest. (vgl. l 66 D 23,3). Dagegen nehmen

---

11) l 1 C XI, 62. § 3 J III, 24.
12) l 3 § 3 C 4,66.
1) l 12 § 2 D 7,1. l 1 38, 40 D 7,1.
2) l 8 § 2 D 18,6.

eine Anzahl von Schriftstellern an, dass im spatrömischen Recht nicht die Ausübung, sondern das Recht selbst Gegenstand der Veräusserung war.

v. Blume [3]), dessen Ausführungen im Gegensatz zu denen Dernburgs [4]) (des Älteren) und Elvers [5]) einer eingehenden Begründung nicht entbehren, folgert die Uebertragbarkeit des Rechtes selbst aus dem angeblich mit Quellenstellen belegten Satze, dass „nach Ueberlassung der Nutzniessung an einen anderen das Verhalten des Niessbrauchers ohne Einfluss auf das Fortbestehen des Niessbrauches und damit des von ihm abgeleiteten Rechtes sei“[6]). Die Folgerung, die v. Blume hier aus l 29 pr, § 1 D 7,4 zieht, ist gewagt, steht doch in § 1 cit. nur, dass das Verhalten des Niessbrauch e r w e r b e r s, wenn dieser gleichzeitig Eigentümer des Niessbrauchgegenstandes sei, den Niessbrauch gefährde, nicht aber ist der Niessbraucher selbst hier erwähnt [7]).

Einen weiteren Beleg für seine Ansicht sieht v. Blume [8]) in dem allgemein anerkannten Umstande, dass das vom Niessbraucher abgeleitete Recht dann nicht untergeht, wenn der Niessbraucher durch andere als die voraus bestimmten Erlöschungsgründe sein Recht verliert. Doch dies kann die Behauptung v. Blumes nicht stützen. Der Käufer hat ein dingliches Recht an der Ausübung erworben. Dieses aber ist stärker wie die Handlungen des Niessbrauchers, der die Verfügungsfähigkeit über sein Recht verloren hat [9]).

Eine Anerkennung seiner Ansicht sieht v. Blume endlich in l 16 pr D 10,2: Et puto officio iudicis contineri, ut, si volent heredes a communione usufructus discedere, morem eis gerat cautionibus interpositis. Die schroffe Gegenüberstellung dieser Stelle zu dem usufructus „a personis

---

[3]) Jherings Jahrbücher Bd. 34.
[4]) Lindes Zeitschr. N. F. Bd. 2 No. 2.
[5]) Röm. Servitutenlehre S. 226.
[6]) a. a. O. S. 318.
[7]) vgl. Haase, Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 254.
[8]) a. a. O. S. 319.
[9]) E. R. G. 16,10.

discedere non potest" der l 15 cit. kennzeichne, so meint Blume, so recht die Aenderung der Anschauungen über den Gegenstand der Uebertragung. Doch die l 16 pr cit. darf der l 15 ibid. nicht entgegengestellt werden, sie kann vielmehr nur im Zusammenhange mit ihr und l 8 § 2 D 18,6 [10]) und l 3 pr C 3,33 [11]) ausgelegt werden. Und halten wir an der Bestimmung der Worte „a personis discedere non potest" fest, so entpuppen sich die in l 16 pr angeführten heredes als die Erben nicht des Niessbrauchers, sondern des Niessbraucherwerbers. Und bei diesem vererbte sich bekanntlich das Recht der Ausübung, so lange der Niessbrauch, der ja in erster Linie von dem Leben des Niessbrauchers abhängt, bestand.

Ganz besonders aber spricht gegen die v. Blume'sche Behauptung die Stelle: alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet [12]).

So kommen wir zu dem Ergebnis, dass v. Blume den Nachweis für seine Ansicht nicht zu führen vermocht hat. Und wenn er, am Eingang seiner Abhandlung, sagt [13]), angesichts der Quellen dürfe nicht behauptet werden, dass „infolge der Zulassung einer obligatorischen Veräusserung des Niessbrauchs auch die translative Uebertragung des Rechtes selbst Eingang in das römische Civilrecht gefunden habe", können wir, angesichts seines fehlgeschlagenen Versuches, dies für das spätrömische Recht zu beweisen, hinzufügen, dass eine solche Behauptung auch für das spätrömische Recht nicht zu halten ist. Somit können wir weiter diese Frage, die neben dem theoretischen Wert noch

---

[10]) Cum usumfructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas: nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis, posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.

[11]) Si patri tuo usufructus legatus est, defuncto eo nihil ad te pertinet, cum morte eius, cui fuerat legatus, vel alio modo adquisitus, ad proprietatem regredi soleat. § 8. Usufructuario autem superstite, licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur, ius utendi fruendi non tollitur.

[12]) Gaius II, 30.

[13]) a. a. O. S. 292.

für die Praxis wegen des etwa erforderlichen dinglichen Schutzes des Niessbraucherwerbers von Bedeutung ist, zu Gunsten der herrschenden Lehre entscheiden.

Der Umstand, dass bei der Uebertragung der Ausübung des Niessbrauches bei dem Niessbraucher das blosse Recht zurückbleibt, hatte die Kommission zur Ausarbeitung eines B. G. B. (erste Lesung) bestimmt, das Recht selbst für übertragbar zu erklären. „Es sei für das System des Rechtes gleich", so erklären die Protokolle[14]) den Beschluss, „ob der Niessbraucher ein Recht ohne Inhalt behalte, oder ob er das Recht selbst mitveräussere". Die Angriffe, die dieser Beschluss dem Entwurfe zuzog [15]), und welche hauptsächlich damit begründet wurden, dass der Niessbrauch ein Vertrauensverhältnis zwischen Besteller und Niessbraucher begründe und daher nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sein dürfte, veranlassten, dass der Entwurf zweiter Lesung die Unübertragbarkeit des Niessbrauchrechts festsetzte. Dagegen wurde die Uebertragung der Ausübung des Rechts gestattet, die im Wege des Kaufes wie der Schenkung geschehen kann.

II. Betrachten wir noch die Abarten des Usufruktus, den Usus und die Habitatio hinsichtlich ihrer Uebertragbarkeit [16]). Der Usuar darf selbst die Sache nutzen, dagegen ist jede Uebertragung des Rechts wie der Ausübung, entgeltlich wie unentgeltlich, untersagt. nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest. § 1 J II, 5; l 8 pr D 7, 8.

Dem Usus entsprechen im heutigen Recht die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Dieselben sind dem Rechte nach unübertragbar, dagegen ist die Ausübung der Dienstbarkeit mit Genehmigung des Belasteten übertragbar [17]). Die Uebertragung kann auf Grund eines Kaufes wie einer Schenkung erfolgen.

---

[14]) S. 4377.

[15]) vgl. Bähr, Anh. f. b. R. II, 49.

[16]) Die Begründung ist zulässig und erfolgt in gleicher Weise wie beim Nießbrauch l 1 § 1 D 7, 8.

[17]) § 1092 B. G. B.

Die Habitatio unterlag im römischen Recht den gleichen Grundsätzen wie der Usus. — l. 11 D 7, 8. l 10 pr D ibid. Es war daher dem Habitator weder kauf- noch schenkungsweise Uebertragung der Ausübung oder des Rechtes selbst gestattet. Für das Wohnrecht des B. G. B. gilt das bei den beschränkten persönlichen Dienstarbeiten Gesagte [18]).

§ 11. Die Prädialservituten und Reallasten.

Um mit den dinglichen Rechten an fremden Sachen abzuschliessen, müssen wir noch die Prädialservituten und Reallasten auf ihre Uebertragbarkeit untersuchen [1]). Grunddienstbarkeiten (Prädialservituten) sind mit einem Grundstück verknüpfte, zu dessen Nutzen bestimmte dingliche Rechte an fremden Grundstücken [2]).

Da sie mit einem Grundstücke verknüpft sind, so sind weder sie noch das Recht der Ausübung übertragbar. Die einzige mögliche Form, sie zu veräussern, ist die gleichzeitige Veräusserung des Grundstücks, da sie Eigenschaften [3]) desselben sind [4] [5]).

Auch im heutigen Recht ist die selbständige Veräusserung der Grunddienstbarkeit nicht möglich; denn sie sind

---

[18]) § 1093 B. G. B.

[1]) Hinsichtlich der Begründung s. § 8 a. E. Da sie zum Nutzen des herrschenden Grundstücks bestimmt sind, dessen Wert sie erhöhen, und da der Wert des belasteten Grundstücks durch sie verringert wird, so sind die Erfordernisse der Schenkung gegeben.

[2]) Dernburg, Pand. I, 2 S. 179.

[3]) vgl. Sintenis I, 579 Wächter, Pand. S. 240, Böcking I, 282; Dernburg, Pand. I, 2. S. 180.

[4]) vgl. ausser den zu 3 Genannten Windscheid I, 944/48, Unterholzner § 474, Meyerfeld, I S. 147 u. v. a. — l 47 D 18,1.

[5]) Abw. will Rudorff — S. 325 — einen Verkauf von verpfändeten Rustikalservituten zulassen. Doch wie wird der Gläubiger stets einen Nachbarn finden, dem die Servitut angenehm ist, und dessen Grundstück sie zum Vorteile gereicht? Richtiger ist die Ansicht Göpperts — Arch. f. civil. Prax. 49 S. 305 —, daß der in l 12 D 20,1 erwähnte Verkauf einer verpfändeten Prädialservitut nur an einen Nachbarn des Pfandschuldners, der ebenfalls ein Interesse an der Servitut hat, möglich ist.

mit dem Eigentumsrecht [6]) selbst am herrschenden Grundstück verbunden, mit welch letzterem sie eine Einheit bilden [7]).

Während das römische Recht den Grundsatz „servitus in faciendo consistere nequit" mit einer beschränkten Ausnahme bei der servitus oneris ferendi durchgeführt hatte, sind im deutschen Rechte Verpflichtungen des jeweiligen Grundstückseigentümers zu wiederkehrenden Leistungen sehr häufig. Das B. G. B. kennt Personal- und Prädialreallasten. Während letztere von dem Eigentum des herrschenden Grundstücks nicht getrennt werden können, ist bei den Personalreallasten das Recht übertragbar, wenn dies bei dem Anspruch auf die einzelne Leistung der Fall ist [8]). Die Uebertragung kann auf Grund eines Kaufes wie einer Schenkung geschehen; Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung ist das Recht.

Anhang.

§ 12. Die Urheberrechte.

Im Anschluss an die dinglichen Rechte sei, mit Rücksicht auf ihre absolute Wirkung gegen jedermann, hier kurz auf die Urheberrechte eingegangen.

Dem römischen Recht ist das Urheberrecht fremd. Zwar verwerteten schon damals die Dichter und Schriftsteller ihre Geisteserzeugnisse durch Verkauf an Theaterunternehmer und Besitzer von Schreibvervielfältigungsgeschäften, doch Gegenstand des Kaufes war das Manuscript. Die unentgeltliche Zuwendung eines solchen Manuscripts, mit dem auf den Erwerber alle Rechte übergingen, konnte Schenkung sein, doch bedarf es in jedem Falle einer sehr genauen Prüfung der konkreten Verhältnisse, ob diese die Erfordernisse der Schenkung erfüllten.

---

[6]) „Der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstückes" § 1018 BGB.

[7]) vgl. Endemann B. R. II. 390 a. A.

[8]) Dies richtet sich nach der Natur der Leistung und den für die Abtretung von Forderungen überhaupt geltenden Vorschriften.

In Deutschland finden wir ursprünglich keine Bestimmung über das Recht des Urhebers. Ein Bedürfnis für eine solche trat erst hervor nach der Erfindung der Buchdruckerkunst. Doch der Gesetzgebungsapparat des alten deutschen Reiches war ein zu schwerfälliger, um ein Reichsgesetz zu schaffen. So half man sich, indem der Kaiser und die Fürsten den Schriftstellern Privilegien verliehen, die sie allein oder ihre Verleger zur Vervielfältigung ihrer Geistesprodukte ermächtigten. Seit dem 19. Jahrhundert tauchen in den einzelnen Staaten Urhebergesetze auf, und nachdem Deutschland 1867 bezw. 1870 wieder geeint, entschlossen sich die gesetzgebenden Körperschaften des Norddeutschen Bundes bezw. des Reiches infolge des immer heftiger werdenden Drängens der interessirten Kreise zur Regelung der durch art 4 No. 5 u. 6 R. V. ihrer Kompetenz zugewiesenen Erfinder- und Urheberrechte.

Dieses sind höchstpersönliche Rechte [1]), keine blossen Vermögensrechte [2]).

Soll doch das dem Autor vorbehaltene ausschliessliche Verfügungsrecht ihm zwar materiellen Gewinn, vor allem aber auch die „Durchführung seiner wissenschaftlichen und künstlerischen Absichten und seine Errungenschaften an Ruhm und Ehre sichern [3]).

Dem Begriff des Persönlichkeitsrechts entsprechend, haftet das Urheberrecht seiner Substanz nach beim Urheber. Das neue Ges. betr. Urheberrechts vom 19. Juni 1901 gestattet nun zwar die Uebertragung des Rechtes selbst [4]), bei dem Urheber muss aber stets die mit seiner Person untrenn-

---

[1]) vgl. Dahn, Bausteine 5 R. 2. Sch. S. 80 fg., Dahn, Kr. V. J. Schr. XX, 356, Gierke, Privatrecht S. 756, R. O. H. G. 16, 228. E. Rg. XII No. 12. XVIII No. 4.

[2]) Schmied Arch. f. civil. Prax. (Bd. 44 S. 197 fg.) sieht in dem Urheberrecht ein ausschliessliches dingliches Gewerberecht.

Zorn, Staatsrecht [2] II, 17 fg., verweist es unter die Monopolrechte. Nur die vermögensrechtliche Seite betont die Theorie des geistigen Eigentums, wie z. B. R. V. art. 4 No. 6, deren Konsequenz Vererblichkeit des Autorrechts gleich einer körperlichen Sache wäre.

[3]) Gierke, a. a. O. S. 759.

[4]) §§ 8 u. 9.

bar verbundene Autorschaft, die geistige Vaterschaft zurückbleiben. Die Uebertragung kann kauf- und schenkungsweise erfolgen, Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung ist das Recht. Ein gleiches gilt nach § 7 des Ges. vom 1. Juni 1891 vom Gebrauchsmusterrecht.

Nahe verwandt mit dem Urheberrecht ist das Firmenrecht und das Zeichenrecht. Die Firma, der Name, unter dem der Kaufmann sein Handelsgewerbe betreibt, kann für sich allein nicht Gegenstand des Kaufes oder der Schenkung sein. Vielmehr kann sie nur mit dem Handelsgeschäfte auf den Erwerber desselben übergehen [5]). In Betracht kommt sie hier deshalb, weil das Geschäft auch ohne sie veräussert werden kann, sodass sie kein blosses Zubehör desselben ist[6]).

Genau dasselbe wie von der Firma gilt von den Warenzeichen (Ges. v. 12. V. 1894 § 9 Z. 2. § 7 Abs. 1). In ähnlicher Weise kommen in Betracht Geschäftsgeheimnis und Kundschaft, die, streng genommen, nicht in den Rahmen dieses Paragraphen gehören. Bechmann [7]) will in ihnen kein Kaufobjekt sehen, da hier keine Veräusserung, ein Geben und Nehmen, sondern nur eine Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen vorliege. Es ist Bechmann insoweit beizustimmen, dass die gesetzlichen Bestimmungen derartige Fälle nicht regeln, es ist jedoch hier eine analoge Anwendung der Vorschriften über Sachen und Rechte anzunehmen, finden doch die genannten Güter nach der Verkehrsanschauung gleiche rechtliche Anerkennung wie die Sachen und Rechte [8]). Ja, sehr oft wird gerade der Erwerb der Kundschaft die Hauptsache sein, die vorhandenen Warenvorräte werden nur notgedrungen mitgekauft. Gegenstand des Kaufes ist die Verpflichtung, sich jeder Konkurrenz innerhalb des Geschäftsbezirkes, jeder Abredung von Kunden sowie des Gebrauches oder des Verbreitens von Geschäftsgeheimnissen zu enthalten. Insoweit die Uebertragung der Kundschaft

---

[5]) § 23 H. G. B.

[6]) vgl. Bechmann II, S. 133.

[7]) a. a. O. S. 141.

[8]) vgl. Endemann, B. R. I, 735. Dernburg, Pand. II S. 255. Ebert in Fischer-Henle § 433 A. 12. Cosack, B. R. I S. 392; Cosack. Handelsr. S. 72.

überhaupt zulässig ist, — bei der Rechtsanwaltskundschaft ist sie z. B. als den guten Sitten widersprechend untersagt — kann die Veräusserung auch schenkungsweise geschehen, der Gegenstand der Schenkung ist der gleiche wie beim Kaufe.

Wie die Kundschaft kann auch ein Zeitungsunternehmen Gegenstand der kauf- wie schenkungsweisen Veräusserung sein [9]).

3. Die obligatorischen Rechte. § 13.

Neben den dinglichen Rechten kommen als Gegenstand der Schenkung und des Kaufes die obligatorischen Rechte in Betracht.

Im römischen Recht finden wir die Obligation unlöslich mit den Personen verknüpft; eine Uebertragung an Dritte ist ursprünglich nicht möglich, es sei denn im Wege der Novation. Da dies wegen des Erlöschens der Sicherheiten für den Gläubiger unbequem war, so behalf man sich mit prozessualen Mitteln. Schliesslich gewährte man dem Cessionar die dem Gläubiger zustehende actio als eine utilis [1]). Damit war ein wirtschaftlicher Erfolg herbeigeführt, die Veräusserung von Forderungen erleichtert. Dieselbe konnte kauf- und schenkungsweise erfolgen, Gegenstand der Schenkung wie des Kaufes war aber nicht die Forderung, das nomen, denn diese haftete unlöslich an der Person des Gläubigers, sondern die actio [2]) [3]) [4]).

Dagegen ist im heutigen Recht das Recht selbst, nicht blos die actio, die eine Eigenschaft des Rechts ist [5]), übertragbar. Von dem Recht ist aber das Schuldverhältnis zu scheiden, aus dem die Forderung ihren Ursprung genommen

---

[9]) E. R. G. Bd. 37 S. 176 fg. Seufferts Archiv, Bd. 56 S. 47.

[1]) l 8 C 4,39; l 33 C 8,53.

[2]) l 2 C 8,53.

[3]) Die Schenkung einer Forderung kann geschehen als Cession derselben an einen Dritten oder Erlass an den Schuldner. Vergleichsweiser Erlass ist aber keine Schenkung. l 1 D 2,15.

[4]) Auch beim Kaufe bezw. der Schenkung eines Schuldscheines war Gegenstand der Veräusserung nur die actio (l 44 §§ 5, 6 D 30).

[5]) vgl. Dernburg, Pand. II S. 295 a. E.

hat. Dieses bleibt auch im heutigen Recht unlöslich mit den Kontrahenten verknüpft [6]). Gegenstand der kauf- wie schenkungsweise möglichen Veräusserung ist die Forderung. Mit dieser werden die ihr anhaftenden accessorischen Rechte, die wie das Pfandrecht unlöslich mit ihr verbunden sind, übertragen [7]).

Verschieden ist im römischen Recht die Uebertragbarkeit der Zinsen geregelt, und zwar je nachdem sie auf besonderem Vertrag beruhen oder zum officium iudicis gehören. Letztere, zu denen insbesondere die gesetzlichen Zinsen zu rechnen sind, sind mit der Hauptforderung unlöslich verknüpft und können nur gleichzeitig mit ihr geltend gemacht werden [8]). Dagegen führen die auf besonderem Vertrag beruhenden Zinsen eine selbständige Existenz und können daher, soweit sie fällig sind, ohne weiteres den Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung bilden [9]).

Im heutigen Recht bildet die Zinsenschuld, gleichgiltig ob auf Vertrag oder Gesetz beruhend, einmal entstanden, eine selbständige Schuldverpflichtung, die ihrerseits Gegenstand von Rechten sein kann. Daher kann sie auch Gegenstand der Schenkung und des Kaufes sein. Ersteres kann durch Cession an einen Dritten oder Erlass an den Schuldner geschehen.

Wenn so bereits fällige Zinsen Gegenstand des Kaufes und der Schenkung sein können, wie steht es dann mit den zukünftigen Zinsen? Ohne weiteres dürfen wir für beide Rechte die Frage nach der Verkäuflichkeit bejahen. Auch für die Schenkung ist die Frage nach heutigem Recht in gleichem Sinne zu entscheiden [10]). Streitig ist es dagegen, ob nach römischem Recht die künftigen Zinsen Gegenstand der Schenkung sein können. Mit Unrecht wird es verneint [11]).

---

[6]) vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 360; abw. z. T. Stammler, a. a. O. S. 186.

[7]) Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes finden wir in § 1180 B.G.B.

[8]) l 49 § 1 D 19,1; l 24 D 16,3; l 4 C 4,34.

[9]) vgl. Schilling, a. a. O. S. 781 not o. o.

[10]) vgl. Planck, a. a. O. zu § 517 S. 284, Oertmann a. a. O. zu § 516 S. 236, Burckhard, Begriff, S. 36.

[11]) v. Savigny, a. a. O. IV, 37/38, v. Vangerow I, 176; Puchta, Vorles. I, 160, Marezoll, a. a. O. I S. 42, Schilling, a. a. O. § 349 not. s und § 350 not. oo, Oertmann § 517 (S. 236). Derhburg, Pand. II, S. 290 Anm. 11.

Die als Beweis angezogene l 23 pr D. 39,5 sagt nur, dass die Zuwendung durch Nichtbeachtung der Formvorschriften nicht nichtig werde, nicht aber, dass hier keine Schenkung vorliege; im Gegenteil deutet das „in ea donatione" auf das Vorliegen einer Schenkung hin. Sind doch auch alle Erfordernisse der Schenkung erfüllt. Denn der Schuldner spart die zu zahlenden Zinsen, wird also von einer betagten Schuld befreit. Dass durch Erlass der künftigen Zinsen eine betagte Schuld, und nicht, wie Marezoll [12]) annimmt, nur die „Veranlassung zur Entstehung künftiger Schulden" beseitigt wird, geht schon daraus hervor, dass die Zuwendung der künftigen Zinsen an einen anderen als den Schuldner auch v. Savigny [13]), einem Gegner unserer Ansicht, als Schenkung angesehen wird. Eine so veränderte Auffassung eines Rechtsgeschäftes lässt sich aber hier kaum in der Person der Kontrahenten allein begründen; es ist dasselbe, ob ich etwas einem Fremden gebe oder demjenigen, der mir das zu schenkende Objekt erst liefern soll. Anderseits erleidet der Gläubiger durch den Erlass von Zinsen eine Vermögenseinbusse. Zeigen doch die vielen Zinsgesetze im römischen Recht, dass die praktisch denkenden Römer keineswegs die später von Savigny vertretene Ansicht teilten, dass man das Geld in seinem Geldfache aufzubewahren, nicht aber zinstragend anzulegen pflege [14]). Wer ersteres tut, der handelt, ebenso unwirtschaftlich wie derjenige, der sein Landgut brach liegen lässt.

Erlässt man daher seinem Schuldner die zukünftigen Zinsen, so verzichtet man nicht blos auf eine künftige Einnahmequelle, sondern man giebt ein bestehendes, noch nicht fälliges Recht auf [15]).

Wie bei den dinglichen Rechten sind auch bei den obligatorischen Rechten Veräusserungsverbote zu erwähnen. Diese können auf Gesetz oder Parteiabrede — bemerkens-

---

[12]) Lindes Zeitschr. I S. 42.

[13]) a. a. O IV S. 40.

[14]) a. a. O. IV S. 39.

[15]) vgl. Unger, a. a. O. II S. 193 A. 17, Windscheid a. a. O. § 365 A. 6, anscheinend gl. A. auch Stolte, S. 23.

wert ist als Durchbrechung des in § 137 B. G. B. aufgestellten Prinzipes § 399 B. G. B. — beruhen (vgl. z. B. l 22 C 4,35).

II. Der vom B. G. B. [16]) gegebenen Anregung folgend, sind hier noch die Wertpapiere zu erwähnen. Bei diesen, einem deutschrechtlichen Institut, ist das Recht a m Papier mit dem i m Papier verbrieften Rechte derart verknüpft, dass die Ausübung dieses Rechtes abhängig ist von der Innehabung des Papiers. Das Wertpapier unterliegt im Rechtsverkehr denselben sachenrechtlichen Grundsätzen, wer das Recht a m Papier erwirbt, erhält gleichzeitig das Recht aus dem Papier. Als Träger dieses Rechts ist daher das Papier Gegenstand des Kaufes, doch nicht das Papier allein, zugleich damit auch das damit verknüpfte Forderungsrecht [17]). Das gleiche gilt von der Schenkung.

Dagegen folgt bei Rechtsurkunden, auch relative oder unvollkommene Wertpapiere genannt, das Recht a m Papiere dem Rechte a u s dem Papiere [18]).

III. Wir sprachen bisher von der Schenkung oder dem Kaufe schon bestehender Forderungsrechte, kann aber auch die Begründung einer Forderung Gegenstand des Kaufes bezw. der Schenkung sein?

Für das römische wie heutige Recht ist dies bezüglich des Kaufes zu verneinen. In Betracht könnte die entgeltliche Begründung der Verpflichtung zur Rentenzahlung kommen, doch findet sich in den Quellen kein Beleg für das Vorkommen eines solchen Kaufes [19]). Der mittelalterliche Kauf einer unablösbaren Rente, der hierher zu zählen wäre, ist im Laufe der Zeit verschwunden und hat der kündbaren Hypothek Platz gemacht, die ein Darlehn, kein Kauf ist [20]).

---

[16]) § 437.

[17]) E. R. G. X, 170.

[18]) § 952 B. G. B.

[19]) vgl. Bechmann, a. a. O. II, 135.

[20]) Nicht als konstitutiven Kauf können wir die Begebung von Wertpapieren, die wir mit Cosack — Handelsrecht [5] S. 339 — und der Praxis — R. O. H. G. 20 No. 68, R. G. 28 S. 29 — als Kauf erachten, ansehen, denn vom Standpunkte der von uns vertretenen Kreationstheorie existirt die Forderung schon vor dem Kaufvertrage.

Wohl aber kann die Begründung einer Forderung Gegenstand der Schenkung sein. Praktisch wird dies sehr häufig der Fall sein. Ist doch Schenkungsobjekt einer jeden Schenkung, die nicht durch reale Zuwendung, sondern durch Versprechen geschieht, nicht der versprochene Gegenstand, sondern die Forderung [21]), die der Beschenkte gegen den Schenker erwirbt, und durch welche das Vermögen des Zuwenders belastet wird [22]).

Abgesehen von dem Schenkungsversprechen, der häufigsten Form dieser Schenkung, haben wir hier zu erwähnen die schenkungsweise Forderungskonstituirung durch Ausstellung eines Eigenwechsels oder Schaffung einer Grundschuld [23]).

IV. Wie schon in Anmerkung [3]) erwähnt, kann die Schenkung einer Forderung durch Erlass derselben an den Schuldner geschehen. Dieser Erlass muss aber ausdrücklich erklärt werden, ein Erlass durch blosses Nichtfordern in Verbindung mit der infolgedessen eintretenden Verjährung ist keine Schenkung, da hier die Uebereinstimmung der Parteien fehlt, wenn auch die erforderliche Vermögensverschiebung eintritt [24]).

Wohl aber kann durch Erlass einer Einrede im Sinne des B. G. B. geschenkt werden [25]), denn durch Geltendmachung derselben wird das Vermögen des sie Geltendmachenden erhöht, da er die Forderung nicht zu bezahlen braucht, während das Vermögen des Gläubigers verringert wird. Gegenstand dieser Schenkung ist die „Befreiung eines bestehenden Rechts von einer dasselbe bedrohenden Hemmungs- bezw. Lahmlegungsgefahr“ [26]).

Von der Schenkung durch Erlass einer Einrede ist zu scheiden die unentgeltliche Zuwendung einer mit einer Einrede behafteten Forderung. Ist diese Einrede nur eine dila-

---

[21]) l 34 § 4 C 8,53.

[22]) l 32 pr i. f. D 35,2; l 27 i. f. D 3,5; l 39 § 1050, 16; l 28 D 50,17.

[23]) vgl. Bekker, Pandekten, II, 177. Endemann, Bürgerl. R. I, S. 738 Anm. 3.

[24]) Savigny, a. a. O. Bd. IV S. 78, 583.

[25]) Bekker, Pand. I, 89,92. Stolte, a. a. O. S. 37.

[26]) Stolte, a. a. O. S. 61.

torische, so liegt in der Zuwendung der Forderung Schenkung, während bei peremptorischen Einreden, ausgenommen diejenige der Verjährung, eine Schenkung nicht vorliegt [27]). Denn der Anspruch besteht zwar trotz der Einrede in alle Ewigkeit fort, aber nur als Schemen [28]). Durch die Zuwendung eines solchen Schemens, d. h. einer nicht geldwerten Forderung, wird aber das Vermögen des Empfängers nicht erhöht. Dies trifft aber bei der Einrede der Verjährung nicht zu. Denn trotz der Verjährung bleibt die moralische Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung der verjährten Schuld bestehen [29]) und durch die Bestimmungen des B. G. B. [30]) ist auch der verjährten Forderung die Geldwertigkeit erhalten, sodass in deren unentgeltlicher Zuwendung Schenkung liegt, deren Gegenstand die Forderung ist.

II. Vermögensinbegriffe.

Nicht nur Rechte an einzelnen Sachen, sondern auch an Vermögensinbegriffen können Gegenstand der Schenkung und des Kaufes sein. Nicht in Betracht kommen hier die Sachgesamtheiten, universitates facti. Denn bei diesen sind mehrere Einzelsachen unter Aufrechterhaltung ihrer Selbständigkeit in eine wirtschaftliche Verbindung miteinander getreten und unter einem gemeinsamen Namen zusammengefasst. Vom juristischen Standpunkt ist dies ohne Bedeutung, Gegenstand z. B. eines Kaufes ist nicht die Sachgesamtheit, sondern nur die einzelnen Sachen [1]). Für die gegenwärtige Betrachtung kommt daher nur in Betracht die universitas iuris, die Rechtsgesamtheit.

---

[27]) vgl. Savigny, a. a. O. Bd. IV S. 57. Stolte S. 40.
[28]) Fischer in Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 202.
[29]) §§ 222, Abs. 2, 813, 821 B. G. B.
[30]) § 821, § 390, B. G. B.
[1]) l 30 § 2 D 41,3.

§ 14. Vermögen und Erbschaft.

Zu den Rechtsgesamtheiten, die nach römischem Recht Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung sein konnten, gehört vor allem das Vermögen eines Lebenden.

Beim Kaufe treten zwei Gebilde auf, Universal- und Singularsuccession. Erstere findet sich als bonorum sectio und bonorum emptio. Gegenstand des Kaufes war das Vermögen als Inbegriff, die Aktiva und Passiva. Da der Käufer die Verpflichtung übernahm, die Gläubiger des Schuldners mit einem bestimmten Prozentsatz zu befriedigen, und hierin der Kaufpreis lag, so konnte die bonorum emptio nicht Schenkung sein [1].

Daneben war auch die rechtsgeschäftliche Uebertragung des ganzen gegenwärtigen Vermögens zulässig. In diesem Falle erhielten die Gläubiger jedoch kein unmittelbares Recht gegen den Erwerber, und Gegenstand des Kaufes war nicht das Vermögen als solches, sondern die Summe der einzelnen zum Vermögen — und zwar zur Zeit des Kaufes — gehörigen Gegenstände [2].

Wie gekauft, kann ein Vermögen auch geschenkt werden. Der Beschenkte haftet den Gläubigern des Schenkers gegenüber nur dann, wenn er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hatte [3]. Dagegen übernimmt er dem Schenker gegenüber die stillschweigende Verpflichtung, die Schulden zu bezahlen. Denn unter Vermögen kann man nur das Reinvermögen, nach Abzug der Schulden verstehen, nur dieses will im Zweifel der Schenker dem Dritten zuwenden [4]. Das Schenkungsobjekt ist hier wie beim Kaufe die Gesamtheit der einzelnen Gegenstände [5].

Ebenso ist nach heutigem Recht Kauf des ganzen gegenwärtigen Vermögens zulässig [6]. Da das Gesetz [7] nur

---

[1]) vgl. Keller-Wach, a. a. O. S. 340.

[2]) vgl. Windscheid, a. a. O. § 397.

[3]) vgl. aber § 419 B. G. B.

[4]) l 11 D 49,14. l 39 § 1 D 50,16. l 28 D 39,5. vgl. Elvers in Themis I, 347.

[5]) vgl. Windscheid, a. a. O. § 364.

[6]) § 311 B. G. B. Zu beachten ist § 419 B. G. B.

[7]) § 311 B. G. B.

von „Uebertragen“ spricht, so kann dies auch auf Grund einer Schenkung geschehen. Bedenken könnte allerdings der Wortlaut des § 516 B. G. B. erregen. Denn dieser verlangt, dass die Zuwendung „aus“ dem Vermögen erfolgt. Wendet man aber sein ganzes Vermögen einem zu, so liegt trotz dieses Bedenkens eine Schenkung vor; bedeutet doch eine Schenkung „aus“ dem Vermögen eine Zuwendung, die „in“ dem Vermögen ihren Ursprung hat. Wie im römischen Recht ist auch hier Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung die Summe aller einzelnen zum Vermögen gehörigen Gegenstände [8]).

II. Streitig ist für das römische Recht, ob unter der Veräusserung des ganzen Vermögens auch das Zuwenden des zukünftigen Vermögens zu verstehen ist. Dies dürfte zu verneinen sein [9]). Der Grund hierfür liegt in der Stellungnahme der Röhmer zu den Erbverträgen. Die Römer fanden es unzulässig, dass jemand durch Eingehung eines Erbvertrages sich einmal der Möglichkeit beraube, frei über sein Hab und Gut zu testiren und anderseits seinen gesetzlichen Erben ohne Grund die Erbschaft entziehe. Eine Bindung des Erblassers wäre auch eingetreten, wenn jemand nicht nur sein ganzes gegenwärtiges, sondern auch zukünftiges Vermögen veräussert hätte. Diese Gefahr lag aber nicht vor, wenn nicht über das ganze zukünftige Vermögen, sondern nur eine Quote desselben verfügt war, konnte doch über den Rest frei testirt werden. Daher konnte im römischen Recht zwar nicht das ganze zukünftige Vermögen, wohl aber eine Quote desselben Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung sein. Nachdem das gemeine Recht die Veräusserung des ganzen zukünftigen Vermögens zugelassen hatte, erklärte das B. G. B. in § 310 jede Veräusserung oder Belastung des zukünftigen Vermögens für nichtig. Man ging dabei von dem Gesichtspunkte aus, dass es dem wirtschaftlichen Interesse widerstreite, dass jemand dadurch,

---

[8]) Schollmeyer a. a. O. S. 161.

[9]) Gl. A. Savigny, IV. S. 142/44; Schilling S. 827. Abw. Meyerfeld II S. 16/17 u. S. 33; Windscheid § 368, Dernburg B. R. II, 2 S. 119; Bekker, Pand. II, 171.

dass er im Voraus seines zukünftigen Vermögens sich entäussert, sich des Anreizes etwas zu erwerben, beraube, und sozusagen einen „wirtschaftlichen Selbstmord“ [10]) begehe. Um einem in fraudem legis agere vorzubeugen, verbot das B. G. B. auch jede Verfügung über eine Quote des zukünftigen Vermögens.

III. Wie das Vermögen des Lebenden, so kann auch seine Erbschaft Gegenstand des Verkehrs sein. Gegenstand des Kaufes wie der Schenkung ist die Erbschaft oder eine Quote als Vermögensinbegriff, nicht aber das Erbrecht [11]). Nach dem römischen Grundsatz: semel heres semper heres kann der Verkäufer oder Schenker seine Erbenqualität nicht mehr verlieren; er hat daher nur die obligatorische Verpflichtung, dem Käufer oder Beschenkten das Eigentum an den gekauften oder geschenkten Sachen sowie die sonstigen zur Erbschaft gehörigen Rechte zu übertragen.

Dasselbe gilt, wenn auch heute der Grundsatz, semel heres, semper heres nicht mehr Geltung hat, nach heutigem Recht [12]).

IV. Waren so im römischen Recht Verträge über bereits angefallene Erbschaften zulässig, so verbot doch das altrömische Recht Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten als unsittlich [13]). Später wurde der Vertrag zugelassen, wenn der Dritte unbestimmt war. Noch weiter ging Justinian. Er erklärte derartige Verträge, wenngleich sie in sittlicher Beziehung zu schweren Bedenken Anlass gaben, zulassen zu wollen, sofern der Dritte zu diesem Vertrage seine Zustimmung gebe und diese bis zu seinem Tode nicht widerrufe [14]). Gegenstand des Veräusserungsvertrages, der gewöhnlich Kauf war, war die Erbschaft als Vermögensinbegriff, nicht das Erbrecht [15]).

Unter denselben Voraussetzungen ist die Schenkung der Erbschaft eines noch lebenden Dritten möglich.

---

[10]) Eck, a. a. O. S. 295.
[11]) l 14 § 1 D 18,4; vgl. Unger, a. a. O. II, 211.
[12]) § 2371 B. G. B.
[13]) l 29 § 2 D 39,5; l 2 § 3 D 34,9; l 30 C. 2,3
[14]) l 30 C II, 3.
[15]) E. R. G. 4, 126.

Der Entwurf erster Lesung des B. G. B. erklärte im Gegensatz zum römischen Recht in § 349 jeden Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten für nichtig. Diese Bestimmung ging zwar in das B. G. B. über; der Entwurf zweiter Lesung und mit ihm das B. G. B. hat aber eine Ausnahme zugelassen. Den gesetzlichen Erben ist es nämlich gestattet, **unter einander** über ihren gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil durch Vertrag zu verfügen. Ist diese Verfügung Kauf, so ist Gegenstand des Kaufes der obligatorische Anspruch auf den Erb- oder Pflichtteil des einen Kontrahenten.

Es ist nun leicht möglich, dass bei einem solchen Vertrage ein Erbe auf seinen Pflichtteil verzichtet, und zwar zu Gunsten eines Miterben. In einem solchen Verzichte liegt eine Schenkung, denn der Pflichtteil entsteht in definitiver Weise mit dem Erbfall, kraft gesetzlicher Bestimmung. Es handelt sich hier also um einen betagten Anspruch. Gegenstand der Schenkung ist der Anspruch auf den Pflichtteil, das Forderungsrecht [16]).

V. Unter III sprachen wir davon, dass der Erbe die Erbschaft auch verschenken könne. Dies ist aber nur möglich, wenn er die Erbschaft angetreten hatte. Hat er dagegen die Zuwendung in der Weise gemacht, dass er zu Gunsten des nächsten Erbberechtigten verzichtete, so liegt auch dann keine Schenkung vor, wenn der Verzicht im Einverständnis mit dem Nächstberechtigten der Erbschaft entsagte, hat er doch nichts **aus** seinem Vermögen zugewandt, sondern nur eine Gelegenheit zum Vermögenserwerb sich entgehen lassen. Trotzdem will Burckhard [17]) hier Schenkung annehmen, und zwar führt er folgendes aus: „Das Ausschlagen einer Erbschaft sei eine Vermögensverminderung, dies folge aus l 5 §§ 13, 14 D 24,1; l 1 § 6 D 38,8 in Verbindung mit l 5 § 8 D 27,9; denn ärmer werde man auch, wenn man einen sicheren Gewinn nicht mache. Dass auf der anderen Seite die Ausschlagung einer Erbschaft aber

---

[16]) § 2317 B. G. B.

[17]) Schenkungsannahme, S. 121/122.

auch eine Vermögensvermehrung hervorrufe, ergebe sich daraus, dass mit der Erbschaft dos bestellt werden könne“[18]). Nun ist es ja richtig, dass in l 5 §§ 13, 14 D 24,1 das Wort „donatio“ sich findet, keinesfalls ist es hier aber im technisch-juristischen Sinne gebraucht. Denn die Bereicherung des Nächstberechtigten erfolgt zwar zweifellos, auf Kosten des Vermögens des Verzichtenden, nicht aber „aus“ dessen Vermögen, und l 5 § 13 D 24,1 sagt, ebenso wie l 31 § 7 D 24,1, ausdrücklich, dass die zur Schenkung erforderliche Vermögensverminderung nur durch Hingabe „aus“ dem Vermögen erfolgen kann[19]).

Das B. G. B. hat diesen Fall ausdrücklich in § 517 hervorgehoben und das Vorliegen einer Schenkung bei Verzicht auf eine Erbschaft verneint. Diese besondere Erwähnung war erforderlich, weil im heutigen Recht die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers anfällt, sodass die Zuwendung „aus“ dem Vermögen des Verzichtenden zu kommen scheint. Da aber mit der Ausschlagung der Anfall als nicht erfolgt gilt, so wird durch den Verzicht auch kein Gut, „aus“ dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen geleitet.

VI. Ebensowenig wie im Verzicht auf eine Erbschaft liegt in der Erbeinsetzung Schenkung. Denn dieselbe ist zwar, gleich dem Legat[20]), von den Römern als „donatio“ bezeichnet, hinzugefügt, wird aber überall „a defuncto relicta“. Die Schenkung setzt aber voraus, dass der Zuwender noch lebt, da sonst die Zuwendung nicht **aus seinem** Vermögen erfolgen kann.

Dagegen können die berechtigten Erben einen Nichtberechtigten als Miterben zulassen und hierin ist dann, da die Erben einen Teil ihres Erbteils dem Zugelassenen abtreten, dieser aber durch die Zulassung bereichert wird[21]), Schenkung zu sehen.

---

[18]) l 14 § 3 D 23,5.
[19]) Gl. A. Ortloff S. 274.
[20]) l 1 J 2,20. l 36 D 31.
[21]) vgl. Bekker, Pand. II, 179.

III. Nicht eigne Gegenstände des Veräusserers; der Besitz. § 15.

I. Als gewöhnlichen Fall dürfen wir annehmen, dass bei Kauf wie Schenkung der Veräusserer seine eigne Sache bezw. das Eigentum an ihr weggiebt. Möglich ist es aber auch, dass er eine fremde Sache veräussert. Den Verkauf einer solchen nicht im Eigentum des Veräusserers stehenden sache erklärten die Römer für giltig [1]), hatte doch der Veräusserer nicht Eigentum zu verschaffen, sondern nur für habere licere einzusehen. Ausgeschlossen waren selbstverständlich die res extra commercium, ferner die res furtivae, sofern beide Kontrahenten wussten, dass das Kaufobjekt gestohlen sei [2]).

Auch nach heutigem Recht können fremde Sachen Gegenstand des Kaufes sein, der gutgläubige Ersteher erwirbt an ihnen Eigentum [3]). Einen giltigen Kauf können wir aber da nicht annehmen, wenn der Vertrag wider die guten Sitten verstösst, oder dem Käufer die Gutgläubigkeit fehlt, so z. B. wenn ein stadtbekannter Dieb seine Beute an einen Trödler verkauft [4]).

Dagegen kann eine fremde Sache nicht Gegenstand der Schenkung sein, giebt doch der Zuwendende nichts aus seinem Vermögen weg [5]). Wohl aber kann man eine fremde Sache giltig zu schenken versprechen. Anders ist zu entscheiden, wenn der Zuwender an den Sachen das Recht des Ersitzers hat und dieses weggiebt, wird er doch durch die Aufgabe desselben ärmer, während der Empfänger, der Ersitzungsbesitz erhält, dadurch bereichert wird. In diesem Sinne sind auch die l 18 § 3 D 39,5; l 13 pr D 39,6 und l 1 2 u. 3 D 41,6 zu verstehen.

Ebenso ist nach heutigem Recht in dem unentgeltlichen Zuwenden einer fremden Sache im allgemeinen eine Schenkung nicht zu erblicken. Verteidigen liesse sich die

---

[1]) l 28 D 18,1.
[2]) l 34 § 3 D 18,1.
[3]) § 932 B. G. B.
[4]) § 935 B. G. B., vgl. Dernburg, B. R. II, 2 S. 8.
[5]) l 5 § 16, l 25 D 24,1.

Annahme einer Schenkung unter dem Gesichtspunkte, dass der Eigentümer den Veräusserer schadenersatzpflichtig machen kann, das Vermögen des Veräusserers dadurch belastet wird und so die erforderte Vermögensverminderung bei ihm eintritt. Da jedoch die Inanspruchnahme des Zuwenders fast nie vorkommen wird, so würde ich im Allgemeinen das Vorligen einer Schenkung verneinen. Hält sich dagegen der Veräusserer gutgläubig für den Eigentümer der Sache, von der er lange Zeit die Nutzungen gezogen hat, so würde m. E. auch im heutigen Recht unter Berücksichtigung des einzelnen Falles das Vorliegen einer Schenkung nicht von der Hand zu weisen sein.

II a. Ist es nun zwar zulässig, fremde Sachen bezw. das Eigentum an diesen zu verkaufen, so kann doch der Käufer nicht seine eignen Sachen kaufen [6]). Dies erklären schon die Römer auf das Entschiedenste: Suae rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi. l 16 pr D 18,1 (vgl. auch l 39 D 40,1 und l 40 pr D 13,7). Liegt doch in diesem Falle für den Verkäufer Unmöglichkeit zur Leistung vor, dem Käufer aber kann die Verschaffung einer Sache bezw. des Eigentums an derselben nichts nützen, welche ihm schon gehört.

Dies gilt in noch viel höherem Masse von der Schenkung, kann doch hier von einer Vermögensvermehrung keine Rede sein: donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur [7]).

Dagegen ist es zulässig, den Besitz seiner eigenen Sache zu kaufen, [8]) sofern man weiss, dass die Sache einem schon gehört. Der Verkäufer muss aber dem Käufer gegenüber possessorisch geschützten Besitz haben, blosse Detention genügt nicht, denn diese, ein rein tatsächlicher Zustand, kann nicht Gegenstand des Kaufes sein [9]).

Auch Gegenstand der Schenkung kann der Besitz

---

[6]) Anders beim bedingten Kaufe und bedingten Schenkungsversprechen. l 34 § 4 D 18,1.

[7]) l 9 § 3 D 39,5; vgl. a. § 10 J B 20.

[8]) l 34 § 4 D 18,1; l 28 i. f. D 41,2.

[9]) vgl. Bechmann, a. a. O. II, 75/76.

sein [10]), verschafft er doch dem Innehaber einer Sache tatsächliche Vorteile, insbes. wenn die betreffende Sache eine fruchttragende ist, das Vermögen des Zuwenders aber wird vermindert. [11]). Für die Möglichkeit einer Schenkung des Besitzes spricht aber auch, abgesehen von l 12 pr D 6,2, dass l 46 D 24,1 die Schenkung des Besitzes unter Ehegatten verbietet. Sodann ist aber der Besitz nicht nur ein blosses Faktum, sondern auch ein Recht [12]). Zwar ist dies stark bestritten [13]). So führt z. B. Savigny [14]) aus, dass „der Besitz nur die Ausübung des Eigentums ist, sodass der Eigentümer im juristischen Sinne nicht reicher ist, wenn er den Besitz hat, nicht ärmer, wenn er ihn entbehrt". Aber der Besitz verschafft, wie schon gesagt, dem Besitzer eine äusserst wichtige Rechtsstellung: diese bildet die Voraussetzung für viele Arten des Rechtserwerbes. Der Besitz ist ferner vererblich [15]) und kann Gegenstand eines Vermächtnisses sein [16]). Dass diese Punkte für die hier vertretene Ansicht sprechen, giebt Dernburg [17]) auch zu, führt aber dagegen an, dass nach § 93 B. G. B. an Bestandteilen keine Sonderrechte möglich sind, während nach § 865 B. G. B. Teile einer Sache besonders besessen werden können. Dieser Umstand besagt aber nichts für die streitige Frage. Denn einmal spricht § 865 B. G. B. ganz allgemein von „Teilen einer Sache", während § 93 B. G. B. nur von den wesentlichen Bestandteilen spricht. Sodann giebt Dern-

---

[10]) abw. Bekker, Pand. II, S. 178.

[11]) vgl. Windscheid, II, 509. Meyerfeld, I, S. 14. E. Rg. f. Strafs. I, S. 57 fg.

[12]) vgl. Fischer in Fischer-Henle, Vorbem. zum Sachenrecht, Savigny, R. d. Bes. 4. Aufl. S. 26, Puchta, Pand. II § 229, Sintenis I § 42, Enneccerus in Enneccerus-Lehmann I, 2 S. 587. Kober in Staudinger, B. R. 2 Afl. Sach. Recht S. 6.

[13]) Gegen die Annahme des Besitzes als Recht besonders Savigny, System IV, S. 54; Randa, der Besitz [4] S. 96/97; Stolte, a a. O. S. 43. Dernburg, B. R. III, S. 42; Planck, B. R. III S. 30; Strohal, Sachbesitz, S. 63; Männer, a. a. O. S. 90.

[14]) System IV S. 54.

[15]) § 857 B. G. B.

[16]) § 2169 S. 2 B. G. B.

[17]) B. R. III S. 42.

burg [18]) selbst zu, dass § 865 B. G. B. im allgemeinen nur für unbewegliche Sachen in Betracht kommt, hier aber wird der Teilbesitzer, z. B. der Mieter, bereits anderweitig geschützt sein. Jedenfalls können die Ausführungen Dernburgs nicht die Folgerungen entkräften, die sich aus dem Wortlaut der §§ 857, 2169 B. G. B. ergeben, zumal auch die Motive dies bestätigen, wenn sie, allerdings vorsichtig zögernd, erklären, die „Bezeichnung des Besitzes als Recht sei nicht unbedenklich" [19]). Das Gesagte gilt in gleicher Weise für römisches und heutiges Recht.

Auch im heutigen Recht kann die eigne Sache bezw. das Eigentum an derselben nicht Gegenstand des Kaufes sein; denn wie sollte der Verkäufer seiner Verpflichtung, das Eigentum an dem Kaufgegenstande dem Käufer zu übertragen, nachkommen? (vgl. Anm. 6).

Dies wird von Dernburg [20]) mit Hinweis auf § 1239 B. G. B. und § 373 H. G. B., wo es dem Eigentümer der zu verkaufenden Sache gestattet ist, beim Verkaufe mitzuwirken, bestritten. Doch der Eigentümer kauft in diesen Fällen nicht die Sache ihrer Substanz nach, nicht das ihm schon gehörende Eigentumsrecht, sondern nur die Befreiung von sein Eigentum belastenden Beschränkungen. Diese haben wir bei einem Kaufe einer Sache durch den Eigentümer gemäss den Bestimmungen der §§ 1239 I B. G. B. und 373 H. G. B. als Gegenstand des Kaufes anzusehen [21]).

b. Hat der Käufer an der gekauften Sache Miteigentum, so ist nach römischem Recht der Kaufvertrag hinsichtlich des in seinem Eigentum stehenden Teiles nichtig, hinsichtlich des anderen giltig [22]).

Ein gleiches gilt für die Schenkung, und zwar nach römischem und heutigem Recht.

Dasselbe wie im römischen Rechte gilt auch heute vom Kaufe, allerdings werden wir hier mit Rücksicht auf

---

[18]) B. R. III S. 50.
[19]) III S. 78.
[20]) B. R. II, 2 S. 8.
[21]) vgl. E. R. G. 5. S. 60. Motive III, 826.
[22]) l 18 pr D 18,1.

§ 155 B. G. B. stets untersuchen müssen, ob die Parteien den über die ganze Sache geschlossenen Kauf auch in Kenntnis des Umstandes, dass die Sache im Miteigentum des Käufers steht, geschlossen haben würden.

III. Zu erwähnen ist hier noch die Frage, ob die Aufgabe von dinglichen Rechten zu Gunsten des Eigentümers (Belasteten) Kauf bezw. Schenkung sein kann.

In der entgeltlichen Aufgabe von dinglichen Rechten ist u. E. ein Kauf zu erblicken [23]). Die Schwierigkeit, die dieser Fall bietet, beruht in dem Satze: nemini res sua servit. Die Konsequenz desselben ist, dass das dingliche Recht im Augenblicke der Konfusion untergeht.

Darauf stützt nun Bechmann [24]) seine Ansicht, dass in diesem Verzicht ein Kauf nicht zu erblicken sei; fehle es doch hier an einem rechtlich selbständigen Gute als Kaufgegenstande.

Doch die Servitut besteht ja zur Zeit des Kaufabschlusses, sie geht erst unter durch die nach der Abtretung erfolgten Konfusion mit dem Eigentum, tritt also beim Vertragsabschlusse als selbständiges, bestehendes Objekt in Erscheinung. Des weiteren kann aber auch die „Freiheit der Sache" als Kaufgegenstand angesehen werden; sie ist nicht blos eine „wiederauflebende Qualität der Sache" [25]). Und kann die Sache, auf der die Belastung ruht, nicht ebenso mit diesem dinglichen Recht als auch frei von ihm verkauft werden? Ist dieses Verhältnis dann aber nicht ein analoges dem zwischen Firma und Handelsgeschäft? Wenn nun Bechmann die Firma aus dem Grunde als Kaufobjekt anerkennt, weil das Geschäft auch ohne sie veräussert werden kann, so ist dasselbe von der „Freiheit der Sache" zu sagen. Wir müssen also in der entgeltlichen Aufgabe von dinglichen Rechten an einer Sache im römischen Recht Kauf sehen, dessen Gegenstand die Freiheit der Sache bezw. des Eigentums von der Belastung ist.

---

[23]) vgl. Eisele, Archiv f. civil. Praxis 65,114; Windscheid II § 385 Anm. 5; Cosack, B. R. I, 394.

[24]) a. a. O. I, 145.

[25]) Bechmann, a. a. O. I, 145.

Geschieht die Aufgabe unentgeltlich, so liegt, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, Schenkung vor, deren Gegenstand der gleiche wie beim Kaufe ist [26]).

Auch nach heutigem Recht ist das entgeltliche Aufgeben von dinglichen Rechten Kauf. Hinsichtlich des Gegenstandes müssen wir jedoch scheiden die begrenzten dinglichen Rechte an Grundstücken und an Mobilien. Bei ersteren bleibt das dingliche Recht trotz der Vereinigung desselben mit dem Eigentum bestehen [27]), als Gegenstand des Kaufes ist daher hier das Recht anzusehen. Die begrenzten Rechte an Mobilien gehen aber in der Regel durch Konfusion unter; beim Erwerb dieser begrenzten Rechte kauft daher der Eigentümer gewöhnlich die Freiheit von Eigentumsbeschränkungen.

Der unentgeltliche Verzicht auf dingliche Rechte ist auch nach B. G. B. Schenkung. Gegenstand derselben ist das Recht bezw. die Freiheit der Sache.

IV. Hoffnung. § 16.

Nec emptio nec venditio sine re, quod veneat, potest intellegi. l 8 D 18,1.

Im allgemeinen kontrahiren die Parteien über den Kauf einer vorhandenen Sache. Ist nun das Kaufobjekt zur Zeit des Vertragsabschlusses schon untergegangen, so ist ein Vertrag nicht zu Stande gekommen, fehlt doch eins der drei Erfordernisse des Kaufes, der Gegenstand, und liegt doch für den Verkäufer objektive Unmöglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, vor.

II. Dem an die Spitze dieses Paragraphen gesetzten Satze würde es entsprechen dass ein Kauf nur über gegenwärtige, existirende Gegenstände giltig abgeschlossen werden könnte. Dem ist aber nicht so. So kannten die Römer einen Kauf, bei dem der Verkäufer sich verpflichtete, aus von ihm selbst beschafften Material einen Gegenstand herzustellen. Kaufobjekt war dieser Gegenstand.

---

[26]) l 5 § 6 D 24,1; l 86 § 4 D 30; l 17 D 8,4.
[27]) § 889 B. G. B.

Ebenso ist die unentgeltliche Zuwendung eines erst anzufertigenden Gegenstandes nach römischem und heutigem Recht möglich, und zwar im Wege des Schenkungsversprechens.

Das heutige Recht unterwirft einen solchen Vertrag, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, den Vorschriften des Kaufes, hat aber für die juristische Konstruktion eine Mittelstellung zwischen Kauf- und Werkvertrag geschaffen, Werklieferungsvertrag genannt.

Insbesondere häufig ist der Fall der emtio rei speratae. Man kauft hier zukünftige Sachen, unter der Bedingung, dass sie zum Entstehen kommen. Ein giltiger Vertrag liegt hier aber nur dann vor, wenn die Sachen, wenigstens teilweise, zur Entstehung gelangen [1]).

Eine unentgeltliche Zuwendung ist nur im Wege des Versprechens möglich.

Bisweilen aber scheint überhaupt kein Kaufgegenstand vorhanden zu sein, trotzdem aber ein giltiger Vertrag vorzuliegen. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. l 8 § 1 D 18,1.

Dieser Vertrag gilt, gleichviel, ob etwas von den Sachen zur Entstehung gelangt oder nicht. Ein Kaufgegenstand muss bei jedem Kaufe vorhanden sein; es ist unsicher, ob die Sache zur Entstehung gelangt, also kann sie nicht Objekt des Kaufes sein. Was ist es aber denn? Die herrschende Meinung bezeichnet, den Worten des Pomponius folgend, als Gegenstand die alea, spes, die Gewinnchance. Gegen diese Anschauung traten in neuerer Zeit insbesondere Bechmann [2]) und Endemann [3]) auf. Nach ihnen ist Gegenstand des Hoffnungskaufes nicht die spes, sondern die dahinterstehende Sache.

Um zu erklären, wie der Kauf ohne Entstehen des Gegenstandes giltig sein könne, was ja unbestreitbar ist, nimmt Bechmann zu einer gesuchten Konstruktion Zuflucht. Nach ihm ist der Hoffnungskauf ein „bedingter Sachkauf,

---

[1]) l 8 pr S. 2 D 18,1.

[2]) a. a. O. II S. 142 a. E.

[3]) Lehre von der emtio spei S. 68.

bei dem der Käufer die Gefahr für die Vereitelung der Bedingung übernimmt“ [4]). Das Hauptargument seiner Ansicht ist aber, dass die Hoffnung ein Affekt sei, ein solcher könne aber nicht Gegenstand des Kaufes sein. Zugegeben. Aber die Römer verstehen unter spes nicht jede vage, sondern eine konkret begründete Hoffnung, besser gesagt, Gewinnchance [5]).

Am weitesten von den Gegnern der herrschenden Meinung geht Hofmann [6]). Auch er erkennt die spes nicht als Gegenstand des Kaufes an, erklärt aber dann konsequent, dass dieser Vertrag überhaupt kein Kauf sei [7]). Wollten wir nämlich Endemann und Bechmann folgen, ohne allerdings die Konstruktion des letzteren uns zu eigen zu machen, so würden wir zu dem Resultate kommen, dass wenn überhaupt keine Sachen zum Entstehen gelangen, auch kein Kaufobjekt vorhanden sei. Gegenüber dieser Konsequenz ist das Ablehnen eines Hoffnungskaufes überhaupt, wie Hofmann es tut, das einzig Richtige.

Doch dies liegt eben an der Auffassung der dahinter stehenden Sache als Gegenstand des Kaufes. Wir müssen jedoch gegen die von unseren Gegnern vertretene Ansicht noch Folgendes erwägen: Zunächst wird in der wiederholt citirten l 8 § 1 D 18,1 es deutlich ausgesprochen, dass die spes, ein „körperlich nicht greifbarer Gegenstand“ [8]) gekauft wird. Dem wird zwar wieder mit der Behauptung entgegengetreten, dass Pomponius hier nur einen bildlichen Ausdruck gebrauche. Dies gehe aus dem Wörtchen „quasi“ hervor. Es finden sich jedoch noch eine ganze Anzahl von Stellen, z. B. l 7 D 18,4; l 3 § 1 D 35,2, wo das Wort spes oder alea schlechthin ohne jede Einschränkung gebraucht wird. Sollte es sich auch hier nur um bildliche Ausdrücke handeln? Mit nichten. Und der wiederholten, beabsichtigten Anwendung der Quellenjuristen folgend, müssen wir als Kaufgegenstand die spes betrachten.

---

[4]) S. 143.
[5]) Braun, a. a. O. S. 15.
[6]) Das Perikulum beim Kauf.
[7]) S. 107/108.
[8]) Dernburg, Pand. II, 256.

Als möglicher Kaufgegenstand bildet die spes aber einen Bestandteil des Vermögens Aus diesem giebt man etwas weg, wenn man die spes einem anderen unentgeltlich zuwendet [9]), und nicht verstopft man dadurch etwa blos eine eventuell mögliche Einnahmequelle. Durch die Zuwendung der spes wird auch das Vermögen des Empfängers vermehrt, erwirbt dieser doch durch die Zuwendung eine Forderung an den Zuwender. Diese Forderung, und nicht etwa die spes, ist auch als Gegenstand der Schenkung anzusehen.

Das B. G. B. hat für die emtio spei keine besonderen Vorschriften gegeben, wir dürfen aber das für das römische Recht von der emtio und donatio spei Gesagte ohne Weiteres auch hier anwenden [10]).

V. Die sonstigen Gegenstände der Schenkung.

Haben wir in dem Vorhergehenden den Gegenstand der Schenkung behandelt, insoweit er mit dem Gegenstande des Kaufes Berührungspunkte hat, so werden wir es im folgenden mit Rechtsverhältnissen zu tun haben, bei denen es fraglich sein wird, ob sie für den Gegenstand der Schenkung in Betracht kommen, bei welchen es aber unbedingt ausgeschlossen ist, dass sie für das Kaufobjekt in Frage kommen können. Seinen Grund hat dies darin, dass das Objekt des betreffenden Rechtsgeschäfts nicht gegeben und genommen werden kann, wie z. B. die Dienste, oder aber, dass es zwar gegeben und genommen wird, aber nicht in der Absicht, das Objekt in das Eigentum des Nehmers übergehen zu lassen, wie bei der Miete und dem Darlehn, oder schliesslich, weil das Gesetz das betreffende Rechtsgeschäft, soweit Entgeltlichkeit vorliegt, ausdrücklich als Schuldverhältnis sui generis hingestellt hat.

Bei der folgenden Untersuchung werden wir der Anordnung des B. G. B. folgend, bei den einzelnen Schuldverhältnissen feststellen, ob und unter welchen Umständen in ihnen Schenkung liegt und welches im gegebenen Falle der Gegenstand der Schenkung ist.

---

[9]) vgl. Meyerfeld, a. a. O. II, 4.

[10]) Endemann, B. R. II, 711; Dernburg, B. R. II, 2,10; Ennecerus I, 2 S. 588; abw, Cosack, B. R. S. 402.

Schenkung wird aber nur dann vorliegen, wenn durch das betreffende Rechtsgeschäft dem Zuwendungsempfänger eine notwendige Ausgabe erspart wird.

§ 17. Miete, Leihe, Darlehn.

Miete ist das Rechtsverhältnis, durch welches der Vermieter sich verpflichtet zur Gewährung des Gebrauches einer Sache auf Zeit gegen Entrichtung des vereinbarten Mietzinses [1].

Dieser Definition, in gleicher Weise für das römische[2] wie heutige[3] Recht zutreffend, entnehmen wir als Essentiale des Mietsvertrages die Entgeltlichkeit; die Miete kann daher an sich nie Gegenstand der Schenkung sein[4]. Wohl aber kann die Schenkung derart in die Form der Miete gekleidet werden, dass die unentgeltliche Ueberlassung des Mietsrechts geschenkt wird[5].

Ueberlässt z. B. ein Hauswirt seinem Freunde, der eine Wohnung sucht, in Schenkungsabsicht unentgeltlich eine in seinem Hause befindliche Wohnung, die er sonst gegen Entgelt zu vermieten pflegt, so wird hierin eine Schenkung zu erblicken sein. Denn die Ausgaben für die Wohnung sind zu den notwendigen zu rechnen[6], durch deren Vermeidung eine sonst unausbleiblich eintretende Vermögensverminderung verhindert wird. Die Ersparung einer Ausgabe steht aber einer positiven Vermögensvermehrung gleich[7]. Anderseits wird aber durch diese Handlung das Vermögen des Wirtes, der sonst einen Mietszins für die Wohnung erhält, vermindert. Dieser Mietszins stellt nun nicht etwa nur einen künftigen Erwerb dar, auf den der Vermieter verzichtet, sondern eine feste Einnahmequelle, ein schon präsent

---

[1]) vgl. Endemann, B. R. II S. 751.
[2]) l 2 § 1 D 19,2.
[3]) § 535 B. G. B.
[4]) l 20 D 19,2; l 46 D 19,2.
[5]) l 9 pr D 39,5; Ebert in Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 516.
[6]) l 6 D 34,1.
[7]) l 47 § 1 D 46,3; Planck, B. R. Anm. zu § 812 B. G. B.

gewordenes Vermögenstück [8]), auf dessen Nutzung der Wirt zu Gunsten des Freundes verzichtet. Dies bestätigt z. B. l 9 pr D 39,5: In aedibus alienis gratis habitare donatio est.

In der unentgeltlichen Ueberlassung des Mietsrechts liegt dann also Schenkung, deren Gegenstand der Mietspreis, den der Mieter erspart, ist. Variiren die Summen, die der Mieter sonst für seine Wohnung auszugeben pflegt, mit derjenigen, die der Hausbesitzer sonst für die betreffende Wohnung erhält, so gilt als Objekt der Schenkung stets nur die geringere Summe[9]).

Wie die schenkungsweise Ueberlassung einer Wohnung kann auch eine andere Sache, aus deren Vermietung der Zuwendende sonst feste Einnahmen bezieht, und die im täglichen Leben nur gegen Entgelt zu haben sind, zur unentgeltlichen Benützung schenkungsweise überlassen werden.

Anders liegt der Fall natürlich, wenn der Zuwendende aus dem Vermieten oder Verleihen der Sache keine Einnahmen zu beziehen pflegt. Denn dann fehlt es an einem Essentiale der Schenkung, der Vermögensverminderung auf seiten des Zuwendenden, mag der Andere durch Ersparung einer noch so grossen Ausgabe bereichert sein. So ist es z. B. keine Schenkung, wenn ich einem Freunde, den die hohen Hotelpreise abschreeken, mein freistehendes Fremdenzimmer zur Verfügung stelle.

Ein gleiches wie von der Miete gilt von der Pacht. Dagegen kann in der Leihe eine Schenkung nicht liegen, denn bei der Leihe ist Essentiale die Unentgeltlichkeit, durch welche sich die Leihe grade von der Miete unterscheidet.

Dagegen kann weder Miete nach Leihe für den Gegenstand des Kaufes in Betracht kommen; wird doch ihr Objekt nicht gegeben und genommen in der Absicht, es solle in das Eigentum des Nehmers übergehen; vielmehr wird seine Rückgabe nach gemachtem Gebrach ausdrücklich ausbedungen.

Auch in der Hingabe eines Dahrlehns kann Schenkung liegen; zwar nicht in der Hingabe des Dahrlehns selbst; —

---

[8]) vgl. Oertmann, B. R. S. 237.

[9]) l 65 § 7 D 12,6.

abgesehen von dem Falle des § 117 Abs. 2 B. G. B. — übernimmt doch der Darlehnsempfänger mit dem Empfang, die Verpflichtung zur Rückgabe in genere, wohl aber in der schenkungsweise erfolgten Abrede, dass das Darlehn für längere Zeit als zinsloses gegeben sein solle. Aus denselben Gründen wie beim Erlass zukünftiger Zinsen — vgl. S. 32 fg. — werden wir auch hier das Vorliegen einer Schenkung annehmen müssen, deren Gegenstand die Sachnutzungen sind [10]).

§ 18. Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag, Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.

Sehr bestritten ist die Frage, ob Dienstleistungen Gegenstand der Schenkung sein können. Unbedenklich liegt Schenkung vor, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete **nach** Leistung dieser Dienste auf die vereinbarte Vergütigung schenkungsweise verzichtet. Denn auf die Vergütung hatte er mit Leistung der Dienste einen klagbaren Anspruch erworben, verzichtet er auf diesen vermögenswerten Anspruch, so giebt er eine Forderung aus seinem Vermögen weg, während sein Vertragsgegner von einer sein Vermögen belastenden Schuld unentgeltlich befreit wird [1]). Gegenstand dieser Schenkung ist die Forderung, die erlassen wird.

Dagegen wird das Vorliegen einer Schenkung im allgemeinen zu verneinen sein, wo der eine die Dienste nur leistet, um dem anderen einen Gefallen zu erweisen, da hier keine Vermögensminderung auf Seiten des Leistenden vorliegt.

Anders wo es sich um eine nicht blos gelegentliche Leistung von Diensten handelt, bei denen nach der Verkehrssitte ein Entgelt zu zahlen ist und der die Dienste Leistende sie sonst ge- und erwerbsmässig leistet, wo die Dienstleistung

---

[10]) vgl. Burckhard, Begriff S. 36.

[1]) vgl. Meyerfeld, I S. 215; Bekker. Pand. II, S. 178.

also auf eine bestimmte Geldsumme zurückführbar ist [2]). In diesem Falle haben die Dienste einen gewissen Taxwert, es wird daher durch ihre unentgeltliche Leistung demjenigen, welchem sie geleistet werden, eine notwendige Ausgabe erspart. Der die Dienste Leistende verzichtet aber nicht nur auf einen Vermögensvorteil, sondern „er beraubt sich insoweit auch des vorhandenen Vermögensgutes seiner Arbeitskraft" [3]), sodass die Zuwendung **aus** seinem Vermögen erfolgt.

Letzteres wird gewöhnlich bestritten [4]) und ausgeführt, dass nach § 516 B. R. B. die Bereicherung „durch" die Zuwendung erfolgen müsse, dass aber durch Zuwendungen, deren Objekt Dienste, d. h. noch kein Vermögensbestandteil im justischen Sinne seien, eine Bereicherung **aus** dem Vermögen des einen nicht herbeigeführt werden könne.

Zunächst muss aber der Ansicht entgegengetreten werden, dass das Recht auf Benützung der Arbeitskraft kein Vermögensbestandteil im juristischen Sinne ist. Denn nach der in § 3 von dem Vermögen gegebenen Definition besteht dieses aus allen Rechten, die geldwert sind. Sollte hierzu aber nicht unbedingt das Recht auf Benutzung der Arbeitskraft gehören, die oft das ganze Vermögen eines Menschen ausmacht und der sich dadurch, dass er dem anderen seine Dienste nicht blos vorübergehend zur Verfügung stellt, einer Einnahmequelle beraubt, die ihm sonst aus den dem Begünstigten zur Verfügung gestellten Mitteln erwachsen wäre [5]).

Das Gesagte gilt, soweit römisches Recht in Betracht kommt, nur für die operae fabriles, war doch den Römern ein Entgelt im Sinne unserer heutigen Vergütigung bei den operae liberales unbekannt [6]). Dagegen wird für das heutige Recht das oben Gesagte, causa cognita, auch für die operae

---

[2]) vgl. Meyerfeld I S. 54/55. l 6 D 38,1, l 26 § 12 D 12,6; Savigny, IV, S. 35/36; Scherer, Kommentar z. B. G. B., S. 631, Motive II, 459; Sintenis § 23 (S. 200 Anm. 6). abw. Cosack, B. G. B., I, 480; Stolte S. 19.

[3]) Oertmann, S. 237.

[4]) vgl. z. B. Stolte, S. 20/21.

[5]) vgl. Dernburg, B. R. II § 206,2. Oertmann S. 234 Anm. 3.

[6]) l 1 § 5 D 50,13.

liberales Anwendung finden [7]). Aus diesem Grunde werden wir daher auch die unentgeltliche Erteilung von Unterricht unter Umständen als Schenkung ansehen müssen, wenn und insoweit dem Empfänger hierdurch eine **notwendige** Ausgabe erspart witd, der Zuwender aber eine Vermögenseinbusse in der oben ausgeführten Weise erleidet [8]).

Dasselbe wie vom Dienstvertrage gilt vom Werk- und Mäklervertrage.

Dagegen werden wir beim Auftrage, bei dem unentbehrliches Begriffsmerkmal die Unentgeltlichkeit ist [9]), im allgemeinen Vorliegen einer Schenkung verneinen müssen. Dagegen kann, ebenso und unter denselben Voraussetzungen wie beim Dienstvertrage, in der Uebernahme des Auftrages Schenkung liegen, wenn der Beauftragte sonst für derartige Leistungen bezahlt zu werden pflegt [10]).

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag liegt eine Schenkung sowohl dann vor, wenn der Geschäftsführer die ersatzfähigen Aufwendungen schenkungsweise in der Absicht machte, von dem Geschäftsherrn keinen Ersatz zu verlangen [11]), als auch, wenn derselbe nachträglich auf den Ersatz der Auslagen verzichtet, sofern derjenige, dessen Geschäfte von dem Zuwendenden geführt worden sind, die Zuwendung annimmt. Gegenstand der Schenkung ist in allen diesen Fällen die Summe, deren Ausgabe dem Dienstherrn erspart wird.

Dagegen kommen alle diese Fälle für den Kauf nicht in Betracht, fehlt es doch an einem Objekt, das gegeben und genommen werden kann.

§ 19. Bürgschaft und Pfandbestellung.

Die Abhandlung abschliessend, wollen wir noch unter-

---

[7]) Abw. Bekker, Pand. II, S. 178/179.

[8]) vgl. Oertmann, § 516 Anm. 1. Planck, B. R. II S. 284. Heilfron, Bürgerliches Reeht, Bd. II, S. 582 Anm. 1. Abw. Ebert in Fischer-Henle, § 516 A. 3.

[9]) l 1 § 4 D 17,1; § 662 B. G. B.

[10]) vgl. Heilfron, a. a. O. S. 664 A. 3.

[11]) l 14 D 39,5; l 47 § 1 D 46,3; § 685 B. G. B.

suchen, ob in der Bürgschaft oder Pfandbestellung Schenkung liegen kann.

Giebt der Schuldner dem Gläubiger für seine Schuld ein Pfand, so liegt selbst dann keine Schenkung vor, wenn der Gläubiger ohne die Pfandbestellung eine Befriedigung seiner Forderung nicht erhalten haben würde; fehlt es doch zum mindesten auf Seiten des Schuldners an einer Vermögensverschiebung.

Dasselbe ist der Fall, wenn der Gläubiger auf die ihm seitens des Schuldners bestellte Bürgschaft verzichtet [1]).

Schwieriger ist die Frage, wenn nicht der Schuldner, sondern ein Dritter die Sicherheit bestellt hat.

In vielen Fällen wird hier Schenkung dem insolventen Schuldner gegenüber vorliegen, wenn und insoweit der die Sicherheit Leistende auf sein Regressrecht an den Schuldner verzichtet.

Dagegen wird dem Gläubiger gegenüber eine Schenkung im Allgemeinen nicht vorliegen. Ausnahmsweise werden wir aber Schenkung annehmen müssen, wenn die Bürgschaftsleistung oder Pfandbestellung für eine aller Aussicht nach nicht beitreibbare Forderung erfolgt. Denn der Vermögenswert einer solchen Forderung ist null [2]); wird dem Gläubiger infolge der Bürgschaftsbestellung ermöglicht, so wird sein Vermögen um die Forderung, die als nicht mehr vermögenswertes Recht aus demselben ausgeschieden war, bereichert [3]). Gegenstand der Schenkung ist die Forderung.

Das Gleiche gilt für die Aufgabe einer Sicherheit oder Verzicht auf eine Bürgschaft seitens des Gläubigers. Im Gegensatz hierzu will Endemann [4]) bei Bestellung eines Pfandes seitens eines Dritten stets Schenkung sehen. Er beruft sich für seine Ansicht auf die Entscheidung im R.G.

---

[1]) Planck, II § 517 A. 2; R. G. Bd. VI, 85; IX, 203. Ortloff S. 272; l 18 D 42,8.

[2]) l 63 § 1 D 35,2; l 6 D 4,3.

[3]) Stolte, S. 35; Planck II, § 517; Burckhardt, Begriff S. 123 fg; Horn S. 52/54. Protokolle S. 1623. Abw. Savigny § 149, Windscheid § 365 S. 505. Dernburg, B. R. II, § 205 Anm. 11.

[4]) B. R. II. S. 740, Anm. 10

Bd. 10 S. 33. Doch mit Unrecht. Denn diese Entscheidung stellt nur fest, dass der Gläubiger als solcher auf die Sicherung keinen Anspruch hat und daher die Pfandbestellung im Falle eines Konkurses der Anfechtung gemäss § 30 Abs. 2 KO (§ 23 Abs. 2 a. F.) unterliegt, keinesfalls lässt sich aber hieraus etwas zu Gunsten der Endemann'schen Ansicht schliessen.

Für den Kauf kommen weder Bürgschaft noch Pfandbestellung in Betracht.

Lebenslauf.

Ich, Erwin Froehlich, bin geboren zu Antonienhütte, Kr. Kattowitz, am 17. September 1881, als Sohn des Konkursverwalters Jacob Froehlich und seiner Ehefrau Helene, geb. Mendelsohn, jetzt zu Klein-Zabrze. Ich besuchte die Volksschule zu Antonienhütte und sodann das Kgl. Kathol. Gymnasium zu Gleiwitz, das ich Ostern 1899 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Im Sommer 1899 bezog ich die Universität, um Rechtswissenschaften zu studiren, und zwar studirte ich im S.-S. 1899 in Breslau, im W.-S. 1899/1900 in Berlin, im S.-S. 1900 in Freiburg i. B., im W.-S. 1900/1901 in Berlin und sodann bis zum Ende meiner Studienzeit in Breslau, wo ich am 12. Juni 1902 die erste juristische Prüfung bestanden habe. Am 13. Juni 1902 habe ich mich dem mündlichen Doktor-Examen unterzogen. Am 2. Juli 1902 wurde ich am Kgl. Amtsgericht in Tost als Referendar beeidigt und bis zum 2. April 1903 beschäftigt. Darauf wurde ich dem Kgl. Landgericht zu Beuthen O.S. überwiesen und bin seit dem 2. April 1904 der Kgl. Staats-Anwaltschaft zu Beuthen O.S. zur Beschäftigung überwiesen.

Allen meinenv erehrten Lehrern, die mich während meines Studiums gefördert haben, insbesondere Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. R. Leonhard als Referenten der vorliegenden Arbeit, spreche ich an dieser Stelle meinen Dank aus.

Thesen.

1. Der straflose Versuch der Tötung auf Verlangen kann nicht als vorsätzliche Körperverletzung im Sinne der §§ 223 fg. St. G. B. bestraft werden
2. Gesindedienstverträge sind formlos giltig.
3. § 573 B. G. B. bezieht sich auch auf Zwangsvollstreckungen.
4. Die sogen. kumulative Schuldübernahme bedarf der Schriftform.
5. Die Eideszuschiebung über eine Handlung des Gemeinschuldners erfolgt an den Konkursverwalter als Rechtsnachfolger in den die Masse betreffenden Prozessen.